

Anstiftung durch Unterlassen

Inauguraldissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der

Johann Wolfgang Goethe-Universität
in Frankfurt/Main

vorgelegt von

Ulrich Loewenheim

Gerichtsreferendar

aus

Göttingen

1962



Anstiftung durch Unterlassen

Inauguraldissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der

Johann Wolfgang Goethe-Universität
in Frankfurt/Main

vorgelegt von

Ulrich Loewenheim

Gerichtsreferendar

aus

Göttingen

1962

Erstgutachter: Professor Dr. Claß

Zweitgutachter: Professor Dr. Spengel

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Februar 1962



Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis	5
Abkürzungsverzeichnis	8
Einleitung	9
 1. Teil: Vorfragen	 11
A. Das beredte Schweigen	11
I. Die Problemstellung	11
II. Die Abgrenzung von beredtem Schweigen und Unterlassen	11
1. Die Auffassungen in der Literatur	11
2. Die eigene Auffassung	12
B. Das Zusammentreffen von Tun und Unterlassen	14
I. Die Problemstellung	14
1. Die problematischen Fälle	14
a. Zeitliches Zusammentreffen von Tun und Unterlassen	15
b. Zeitliches Auseinanderfallen von Tun und Unterlassen	15
2. Die Notwendigkeit der Untersuchung	16
II. Die Auffassungen in der Literatur	17
1. Die Auffassung Eberhard Schmidts	18
2. Die Auffassung Mezgers	20
3. Die Auffassung Spendels	21
4. Die Auffassung Alexander Böhms	22
III. Die eigene Auffassung	23
 2. Teil: Die Anstiftung durch Unterlassen	 28
A. Tatbestandsmäßigkeit	28
I. Der Stand der Meinungen in der Literatur	28
1. Überblick	28
2. Die Literatur im einzelnen	28
a. Die ablehnenden Auffassungen	28
b. Die zustimmenden Auffassungen	31
II. Die eigene Auffassung	33
1. Die Existenz der Anstiftung durch Unterlassen	33
2. Die Fälle der Anstiftung durch Unterlassen	35
a. Die Hervorrufung der Idee der Tat	35
b. Die Nichthinderung der Entschlußfassung	36
c. Die Nichtrückgängigmachung des Tatentschlusses	37

B. Rechtswidrigkeit	38
I. Das Objekt der Erfolgsabwendungspflicht	38
II. Der Zeitpunkt der Erfolgsabwendungspflicht	41
C. Schuld	42
 3. Teil: Die Abgrenzung der Anstiftung durch Unterlassen von anderen Formen der Mehrtäterschaft durch Unterlassen	 43
A. Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme	43
I. Allgemeiner Überblick über das Problem und Stellungnahmen in der Literatur	43
II. Untersuchung der Teilnahmetheorien auf ihre Anwendbarkeit beim Unterlassen	45
1. Die formell-objektive Theorie	46
2. Die materiell-objektive Theorie	46
3. Die subjektive Theorie	47
4. Die Theorie von der Tatherrschaft	48
III. Die eigene Lösung	49
1. Der Grundsatz der Lösung	49
2. Die Lösung im einzelnen	53
a. Das Prinzip der vergleichenden Betrachtung der einzelnen Tatbeiträge	53
b. Erweiterung der gefundenen Lösung auf die Fälle, in denen die Beteiligten teils durch positives Tun, teils durch Unterlassen handeln	54
c. Kritische Stellungnahme zu der Entscheidung BGHSt. 2, 150	56
B. Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe	59

Literaturverzeichnis

- Baumann: Betrug durch vom Geschäftspartner nicht verstandene Vertragsformulierung. JZ 1957, 367.
- Baumann: Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl. Bielefeld 1961.
- Behrisch: Der subjektive Tatbestand der Tötung durch Unterlassen. NJW 1960, 471.
- Beling: Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.
- Birkmeyer: Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts. Berlin 1908.
- Bockelmann: Nochmals über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme. GA 1954, 193.
- Böhm, Alexander: Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten. Diss. Frankfurt a. M. 1957.
- Böhm, Alexander: Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung. JuS 1961, 177.
- Claß: Generalklauseln im Strafrecht. Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 122. Göttingen 1961.
- v. Cleric: Betrug verübt durch Schweigen. Zürich 1918.
- Dahm: Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft. ZStW 57, 225.
- Graf zu Dohna: Das Reichsgericht zur Teilnahmelehre. DStR 1940, 120.
- Graf zu Dohna: Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Aufl. Bonn 1950.
- Dreher: Kann ein Ehegatte, der den Selbstmord des anderen zuläßt, ein Tötungsdelikt begehen? MDR 1952, 711.
- Dreher-Maassen: Strafgesetzbuch. 3. Aufl. München und Berlin 1959.
- Drost: Der Aufbau der Unterlassungsdelikte. GS 109, 1.
- Exner: Fahrlässiges Zusammenwirken. Festgabe für Reinhard Frank, Bd. I, S. 569. Tübingen 1930.
- Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. Tübingen 1931.
- Friebe: Soll im kommenden Strafgesetzbuch Unterstützung des Selbstmordes unter Strafe gestellt werden? GA 1959, 163.
- Frühau: Eigenhändige Delikte. Dissertation Frankfurt a. M. 1959.
- Gallas: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12. 2. 1952 — 1 StR 59/50. JZ 1952, 371.
- Gallas: Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung. JZ 1960, 649.
- Grünwald: Die Beteiligung durch Unterlassen. GA 1959, 110.
- Grünwald: Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte. ZStW 70, 112.
- Hartung: Der „Badewannenfall“. JZ 1954, 430.
- Hartung: Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 25. 1. 1955 — 2 StR 366/54 JR 1955, 348.
- Heinitz, Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung beim Selbstmord. JR 1954, 403.
- Heinitz: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 2. 9. 1954 — 1 StR. 325/54. JR 1955, 105.

- Heinitz: Gedanken über Täter- und Teilnehmerschuld im Deutschen und Italienischen Strafrecht. Festschrift zum 41. Deutschen Juristentag, S. 93. Berlin und Frankfurt a. M. 1955.
- v. Hippel: Deutsches Strafrecht. Berlin 1930.
- Höpfner: Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt. ZStW 36, 103.
- Kalthoener: Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. NJW 1956, 1662.
- Kantorowicz: Tat und Schuld. Zürich und Leipzig 1933.
- Kaufmann, Armin: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. Göttingen 1959.
- Kaufmann, Armin: Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung. JuS 1961, 173.
- Kaufmann Arthur: Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht. Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 200. Göttingen 1961.
- Kern: Grade der Rechtswidrigkeit. ZStW 64, 255.
- Kielwein: Unterlassung und Teilnahme. GA 1955, 225.
- Kissin: Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten. Dissertation Königsberg 1933.
- Klee: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme. ZAkDR 1940, 188.
- Kohlrausch: Täterschuld und Teilnehmerschuld. Festschrift für Erwin Bumke S. 39. Berlin 1939.
- Kohlrausch-Lange: Strafgesetzbuch, 43. Aufl. Berlin 1961.
- Lampe: Ingerenz oder dolus subsequens? ZStW. 72, 93.
- Lange: Die notwendige Teilnahme. Berlin 1940.
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, begründet von Ebermayer, Lobe, Rosenberg, herausgegeben von Jagusch, Mezger, Schaefer, Werner, 8. Aufl. Berlin, Bd. 1 1957, Bd. 2 1958.
- Less: Der Unrechtscharakter der Anstiftung. ZStW 69, 43.
- v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Einleitung und Allgemeiner Teil. 26. Aufl. Berlin und Leipzig 1932.
- Maihofer: Der Versuch der Unterlassung. GA 1958, 289.
- Maurach: Deutsches Strafrecht, Allg. Teil 2. Aufl. Karlsruhe 1958.
- Maurach: Deutsches Strafrecht, Bes. Teil, 3. Aufl. Karlsruhe 1959.
- Mayer, Albrecht: Zum Betrug durch Hingabe ungedeckter Schecks. JZ 1953, 25.
- Mayer, Hellmuth: Das Strafrecht des Deutschen Volkes. Stuttgart 1936.
- Mayer, Hellmuth: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart und Köln 1953.
- Mayer, Hellmuth: Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft. Festschrift für Theodor Rittler, S. 241. Aalen 1957.
- Mayer, Max Ernst: Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. 2. Aufl., Heidelberg 1923.
- Meister: Zur Abgrenzung der Beteiligung am Selbstmord vom strafbaren Tötungsdelikt. GA 1953, 166.
- Merkel, Paul: Anstiftung und Beihilfe. Festgabe für Reinhard Frank, Bd. II. S. 134 ff. Tübingen 1930.
- Mezger: Deutsches Strafrecht. Ein Grundriß. 3. Aufl. Berlin 1943.
- Mezger: Strafrecht. Ein Lehrbuch. 3. Aufl. Berlin und München 1949.
- Mezger: Strafrecht, Allg. Teil. Ein Studienbuch. 9. Aufl. München und Berlin 1960.
- Mezger: Strafrecht, Bes. Teil. Ein Studienbuch. 7. Aufl. München und Berlin 1960.
- Mezger: Anmerkung zum Urteil des OLG Oldenburg Ss 120/50. JZ 1951, 341.

- Nagler: Die Problematik der Begehung durch Unterlassung. GS 111, 1.
 Niese: Wann ist die Hingabe eines ungedeckten Schecks Betrug?
 NJW 1952, 691.
- Niese: Anmerkung zum Beschluß des BGH 5 StR 509/52.
 NJW 1952, 1186.
- Niese: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen.
 JZ 1953, 173.
- Niethammer: Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts.
 Tübingen 1950.
- Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 11. Aufl. Berlin 1927.
 12. Aufl. (bis § 246) Berlin 1942.
- Roeder: Zum Standortproblem der unechten Unterlassungsdelikte.
 DStR 1941, 152.
- Sauer: Grundlagen des Strafrechts. Berlin und Leipzig 1921.
- Sauer: System des Strafrechts. Besonderer Teil. Köln — Berlin 1954.
- Sauer: Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung.
 Festgabe für Reinhard Frank, Bd. I. S. 202, Tübingen 1930.
- Sauer: Das Unterlassungsdelikt. GS 114, 279.
- Schaffstein: Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen
 Strafrechtssystems. ZStW 57, 295.
- Schmidt, Eberhard: Der Arzt im Strafrecht. Leipziger rechtswissen-
 schaftliche Studien, Heft 116.
- Schmidt, Eberhard: Die mittelbare Täterschaft. Festgabe für Rein-
 hard Frank. Bd. II, S. 106. Tübingen 1930.
- Schönke-Schröder: Strafgesetzbuch. 10. Aufl. München und
 Berlin 1961.
- Schwarz-Dreher: Strafgesetzbuch. Kurzkommentar. 23. Aufl.
 München und Berlin 1961.
- Spendel: Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen. Festschrift für
 Eberhard Schmidt, S. 183. Göttingen 1961.
- Spendel: Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Hand-
 lungsdelikte. Dissertation Heidelberg 1947.
- Strathenwerth: Der agent provocateur. MDR 1953, 717.
- Traeger: Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivil-
 recht. Marburg 1913.
- Wegner: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Göttingen 1951.
- Welzel: Das Deutsche Strafrecht. 7. Aufl. Berlin 1960.
- v. Zahn: Über die Kausalität der Unterlassung im Strafrecht. GS 69, 1.
- Zimmermann: Zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte.
 NJW 1952, 1321.

Abkürzungsverzeichnis

BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen.
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen.
DStR	Deutsches Strafrecht.
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht.
GS	Der Gerichtssaal.
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung, Beilage zur Zeitschrift Juristische Rundschau.
JR	Juristische Rundschau.
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift.
JZ	Juristenzeitung.
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes.
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen.
Recht	Das Recht.
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung.
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Einleitung

Die große Fülle von Problemen, die beim Unterlassungsdelikt auftauchen, hat ihren Ursprung darin, daß das heute geltende Strafgesetzbuch auf die Begehung durch positives Tun zugeschnitten ist und auch die Verbrechenslehre sich in erster Linie an der Begehung durch positives Tun entwickelt hat. Es bestehen daher beim Unterlassen in weitaus größerem Umfange Streitfragen als beim positiven Tun. Freilich können die Grundlagen¹⁾ des Unterlassungsdelikts heute im wesentlichen als geklärt gelten. Es ist hier zwar noch nicht in allen Punkten Einigkeit erzielt worden; immerhin läßt sich sagen, daß sich eine Anzahl feststehender Auffassungen herausgebildet hat, in denen zu den grundlegenden Fragen des Unterlassungsdelikts Stellung genommen wird. In zahlreichen Einzelfragen herrscht dagegen beträchtliche Unklarheit. Wo im Bereiche des positiven Tuns gesicherte Ergebnisse vorliegen, bekämpfen sich beim Unterlassen die widersprechendsten Ansichten. So ist es zum Beispiel keineswegs als selbstverständlich anzusehen, ob und inwieweit die besonderen Erscheinungsformen des Verbrechens, wie Versuch oder Teilnahme, auch beim Unterlassen existieren. Auf dem Gebiet der Teilnahme ist freilich die Existenz der Beihilfe durch Unterlassen weitgehend unbestritten²⁾, insbesondere sind in der Rechtsprechung zahlreiche Fälle als Beihilfe durch Unterlassen entschieden worden.³⁾ Ganz anders ist es aber bei der Anstiftung durch Unterlassen. Das Problem der Anstiftung durch Unterlassen ist in der Rechtsprechung überhaupt nicht aufgetaucht, in der Literatur wird es meist nur andeutungsweise erörtert.⁴⁾ Soweit in Lehrbüchern und Kommentaren von der Anstiftung durch Unterlassen die Rede ist, handelt es sich meist nur um die Frage, ob Anstiftung durch Unterlassen überhaupt denkbar ist.

In der vorliegenden Arbeit soll daher untersucht werden, ob es eine Anstiftung durch Unterlassen gibt, und, wenn dies bejaht wird, welche besonderen Voraussetzungen sie aufweist. Aus dem großen Kreis der Probleme, die die Unterlassungstat aufwirft, soll damit ein Ausschnitt näher untersucht werden.

Die Beschränkung auf dieses Thema läßt es nicht zu, den gesamten Fragenkomplex des Unterlassungsdelikts einer eingehenden Untersuchung zu unterziehen. Soll mit dem Begriff der Unterlassung gearbeitet werden, so müssen gewisse Ergebnisse, die Wissenschaft und Rechtsprechung im Laufe der Zeit erarbeitet haben, als gegeben vorausgesetzt werden, auch wenn sie teilweise noch bestritten sind. Dabei handelt es sich vor allem um

1) Wie etwa die Kausalität oder die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung.

2) Sie wird bestritten von Grünwald GA 1959, 110 ff. (111); Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S. 291 ff. und S. 302 und Welzel S. 194.

3) Vgl. z.B. RGSt 11, 153; 53, 292; 69, 349; 71, 176; 72, 373; 73, 54; BGH NJW 1953, 1838; BGHSt 14, 229.

4) Als Ausnahme kann die — allerdings ältere (1906) — Abhandlung Karl v. Zahns über die Kausalität der Unterlassung im Strafrecht (GS 69, 1 ff.) gelten, in der er der Anstiftung durch Unterlassen einen Abschnitt widmet.

die grundsätzliche Gleichstellung von Tun und Unterlassen sowie um das Problem der Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung.

Daß das Unterlassen unter bestimmten Voraussetzungen⁵⁾ dem positiven Tun gleichzusetzen ist, daß also grundsätzlich⁶⁾ alle Delikte auch durch Unterlassen begangen werden können, ist heute im wesentlichen unbestritten.⁷⁾ Bei der folgenden Untersuchung soll daher diese Erkenntnis zugrunde gelegt werden. Was das Problem der Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung betrifft, so soll mit der herrschenden Meinung davon ausgegangen werden, daß es sich hierbei um eine Frage der Rechtswidrigkeit und nicht der Tatbestandsmäßigkeit handelt.⁸⁾

Zu einigen im Schrifttum noch nicht geklärten Fragen muß dagegen näher Stellung genommen werden, bevor das Problem der Anstiftung durch Unterlassen selbst behandelt wird. Es handelt sich dabei einmal um das sog. beredte Schweigen, das zum positiven Tun gehört, leicht aber mit der Unterlassung verwechselt wird, zum anderen um das Zusammentreffen von Tun und Unterlassen. Es wird sich nämlich zeigen, daß die Beispiele, an denen in der Literatur die Anstiftung durch Unterlassen erörtert wird, nicht immer Fälle des Unterlassens darstellen, sondern teilweise solche des positiven Tuns. Nur wenn Klarheit darüber besteht, wann eine Unterlassung vorliegt, kann über die Existenz der Anstiftung durch Unterlassen eine Aussage gemacht werden.

Nach Klärung dieser Vorfragen wird auf die Anstiftung durch Unterlassen selbst eingegangen werden. Dabei werden Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld gesondert behandelt werden. Im letzten Teil der Arbeit wird die Frage untersucht werden, wodurch sich die Anstiftung durch Unterlassen von der Täterschaft durch Unterlassen und der Beihilfe durch Unterlassen unterscheidet.

5) Nämlich unter den Voraussetzungen der Kausalität und der Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung.

6) Bestritten wird dies bei den sog. eigenhändigen Delikten. Ob die Lehre von den eigenhändigen Delikten zutreffend ist, braucht hier nicht untersucht zu werden. Bei der Anstiftung handelt es sich keinesfalls um ein eigenhändiges Delikt. Vgl. zum Problem der eigenhändigen Delikte: Frühauf, *Eigenhändige Delikte*, Dissertation Frankfurt/M. 1959.

7) Vgl. statt vieler: Frank, § 1 Anm. IV; Kohlrausch-Lange, Vorbem. II B II 3 vor § 1; Maurach, *Allg. Teil*, S. 470; Mezger, *StB I*, S. 75; Schönke-Schröder, *Vorbem. VI* vor § 1. — Dagegen vertritt eine neuere Richtung die Auffassung, daß es sich beim unechten Unterlassungsdelikt um einen Tatbestand eigener Art handele, vgl. Armin Kaufmann, S. 274, *JuS* 1961, 173 ff; Welzel, S. 184; Grünwald, *ZStW* 70, 412 ff. und für das Gebiet der Beihilfe GA 1959, 110 ff. Diese Lehre hat indessen noch keine weitere Verbreitung gefunden. Eine Auseinandersetzung mit ihr würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen.

8) In neuerer Zeit wird dies freilich in zunehmendem Maße bestritten, so daß es fraglich erscheinen mag, ob man heute noch von einer herrschenden Meinung sprechen kann. Eine ausführliche Übersicht über die Literatur findet sich bei Armin Kaufmann, S. 243 ff., auch Alexander Böhm (S. 45 ff.) gibt einen Überblick über den Stand der Meinungen. In jüngster Zeit hat auch der Große Senat des Bundesgerichtshofes zu dieser Frage Stellung genommen, vgl. BGH NJW 1961, 1628. Er hat entschieden, daß die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung ihren Standort im Bereiche der Rechtswidrigkeit hat. Bei der Verlagerung des Problems in die Tatbestandsmäßigkeit dürfte eine Rolle gespielt haben, daß man — bewußt oder unbewußt — eine Gefahr in der Uferlosigkeit tatbestandsmäßiger Unterlassungen sah, ohne zu berücksichtigen, daß die Rechtswidrigkeit eine ausreichende Schranke für die Bestrafung bildet. Es handelt sich dabei um die gleiche Einstellung, die im Rahmen der Kausalitätstheorie zur Ausbildung der Adäquanztheorie führte. — Im übrigen würden bei der vorliegenden Arbeit beide Auffassungen zum gleichen Ergebnis führen. Schon deshalb kann auf eine eingehende Untersuchung verzichtet werden.

Erster Teil: Vorfragen

A. Das beredte Schweigen

I. Die Problemstellung

In Lehre und Rechtsprechung ist es anerkannt, daß mit Rechtswirkung ausgestattete Erklärungen nicht nur ausdrücklich, sondern auch durch konkludentes Verhalten abgegeben werden können.⁹⁾ So behauptet zum Beispiel der Gast, der im Gasthaus Speisen bestellt, schlüssig, daß er die Speisen auch bezahlen wolle. Der Kreditnehmer, der dem Kreditgeber sein Warenlager zeigt, behauptet konkludent, daß die Waren als Sicherung zur Verfügung ständen.¹⁰⁾ Der Verkäufer, der eine Sache zum Verkauf anbietet, behauptet konkludent seine Verfügungsmacht. Man spricht in diesen Fällen von „beredtem Schweigen“. Beim beredten Schweigen handelt es sich nicht um einen Fall des Unterlassens, sondern um eine besondere Form des positiven Tuns. Freilich steht das beredte Schweigen auf der Grenze zwischen positivem Tun und Unterlassen. Daher ist seine Abgrenzung vom Unterlassen nicht immer ganz einfach; in vielen Fällen kann es zweifelhaft erscheinen, ob ein beredtes Schweigen oder ein Unterlassen anzunehmen ist.¹¹⁾ Dennoch ist die Abgrenzung notwendig. Denn beim Unterlassen ist zur Bestrafung stets eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung erforderlich, während beim beredten Schweigen — da es zum positiven Tun gehört — die Feststellung einer solchen Rechtspflicht entbehrlich ist.

II. Die Abgrenzung von beredtem Schweigen und Unterlassen

1. Die Auffassungen in der Literatur

Die Abgrenzung von beredtem Schweigen und Unterlassen ist aus dem soeben erwähnten Grunde im Schrifttum des öfteren erörtert worden.¹²⁾ Allerdings sind diese Untersuchungen durchweg im Bereiche des Betruges durchgeführt worden, wo die hier interessierende Frage eine bedeutende Rolle spielt. Die Vorspiegelung falscher Tatsachen kann nämlich sowohl durch beredtes Schweigen als auch durch Unterlassen erfolgen, und die Annahme beredten Schweigens kann zur Bestrafung auch dann führen,

⁹⁾ Vgl. Dreher-Maassen, § 263 Anm. 3; Frank, § 263 Anm. II 1; Kohlrausch-Lange, § 263 Anm. II 2; LK § 263 Anm. 2 b; Maurach, Bes.Teil. S. 275 ff.; Mezger, StB II, S. 170; Niethammer, S. 265; Schönke-Schröder, § 263 Anm. IV 2; Schwarz-Dreher, § 263 Anm. 2 A b; Welzel, S. 313. Von zahlreichen höchstrichterlichen Entscheidungen seien genannt: RGSt. 28, 189; 35, 311; 42, 147 (151); 62, 415 (416); Rechtspr. des RG in Strafs. 4, 89; RG Recht 1929, Nr. 652; BGHSt. 3, 69; 8, 289. Vgl. ferner zu dieser Frage: Baumann, JZ 1957, 367; A. Mayer, JZ 1953, 25; Mezger, JZ 1951, 341; Niese NJW 1952, 691 und 1186.

¹⁰⁾ Beispiel aus RG Recht 1929, Nr. 652.

¹¹⁾ Kohlrausch-Lange, § 263 Anm. II 2 nennen die Grenze „flüssig“.

¹²⁾ Vgl. Baumann JZ 1957, 367; v. Cleric, S. 34 ff.; Kohlrausch-Lange, § 263 Anm. II 2; Maurach, Bes.Teil. S. 276; Mezger, StB. II, S. 170 f.; Olshausen, § 263 Anm. 10 c a; Schönke-Schröder, § 263, Anm. IV 2.

wenn eine besondere Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung nicht gegeben ist. Indessen können die Grundsätze und Beispiele zur Abgrenzung von beredtem Schweigen und Unterlassen, die aus dem Bereich des Betruges stammen, auch im Falle der Anstiftung herangezogen werden. Anstiftung und Betrug weisen nämlich eine Reihe parallel liegender Merkmale auf. Bei beiden handelt es sich zunächst um eine psychische Beeinflussung — bei der Anstiftung ist es diejenige Einwirkung, die den Tatentschluß erzeugen soll, beim Betrug die Täuschungshandlung. Diese Beeinflussung ruft beim Beeinflußten einen psychischen Vorgang hervor — bei § 48 den Tatentschluß, bei § 263 den Irrtum. Dieser psychische Vorgang ist seinerseits wieder kausal für eine Handlung des Beeinflußten — bei § 48 die Ausführung der Haupttat, bei § 263 die Vermögensverfügung.

Im Schrifttum besteht Einigkeit darüber, daß beredtes Schweigen jedenfalls dann vorliegt, wenn jemand zwar eine bestimmte Tätigkeit unterläßt, gleichzeitig oder vorher aber eine bestimmte positive Tätigkeit vornimmt, die mit dem Unterlassen in einem inneren Zusammenhang steht, so daß das Gesamtverhalten eine eindeutige Willensäußerung ergibt.¹³⁾ Ein beredtes Schweigen in diesem Sinne liegt zum Beispiel bei der Zechprellerei vor. Der Zechpreller betritt ein Lokal, setzt sich an einen Tisch und bestellt etwas, verschweigt dabei aber, daß er nicht zahlungsfähig oder nicht zahlungswillig ist. Das Platznehmen am Tisch stellt ein vorhergehendes, das Bestellen ein gleichzeitiges Tun dar, aus dem sich eindeutig ergibt, daß der Gast seine Zahlungsfähigkeit ausdrückt.

Ein Teil der Literatur beschränkt die Fälle des beredten Schweigens auf das soeben gekennzeichnete Verhalten. Er fordert also stets ein begleitendes oder vorhergehendes positives Tun des Täters, aus dem sich in Verbindung mit dem Unterlassen ein bestimmter Erklärungsinhalt ergibt.¹⁴⁾

2. Die eigene Auffassung

Ob diese Ansicht zutreffend ist, kann nur dann beantwortet werden, wenn über die Anforderungen, die an ein schlüssiges Verhalten gestellt werden müssen, Klarheit besteht.

¹³⁾ Vgl. Baumann JZ 1957, 367 (368); v. Cleric, S. 34 ff.; Kohlrausch-Lange, § 263 Anm. II 2; Maurach, Bes.Teil, S. 276; Mezger, StB II, S. 170 f.; Schönke-Schröder, § 263 Anm. IV 2.

¹⁴⁾ So insb. Mezger (StB II, S. 171), der ausführt, konkludentes Handeln erfordere immer ein positives Tun, in dem die eigentliche Täuschung liege, die ihrerseits durch ein begleitendes Unterlassen bewirkt werde. Wo jenes positive Tun dagegen fehle und trotzdem eine Täuschung bejaht werde, handele es sich um ein Unterlassen. Auch Maurach (Bes.Teil, S. 276) fordert wohl ein begleitendes positives Tun, wenn er ausführt, das beredte Schweigen unterscheide sich von der ausdrücklichen Vorspiegelung dadurch, daß das „aktive Verhalten“ des Täters auslegungsbedürftig sei. Ebenso wohl Olshausen, § 263 Anm. 10 c a, und Baumann JZ 1957, 367. Auch die von Frank (§ 263 Anm. II 3 b) noch vertretene Lehre vom sog. qualifizierten Schweigen gehört hierher. Von den Vertretern dieser Lehre (weitere Nachweise bei v. Cleric, S. 17) wurde zwischen „bloßem Schweigen“, das als Unterlassen gewertet wurde, und „qualifiziertem Schweigen“ unterschieden. Das qualifizierte Schweigen besteht darin, daß zum bloßen Schweigen ein positives Tun hinzutritt, so daß sich eine konkludente Handlung ergibt. Als Beispiel hierfür nennt Frank (aaO.) den Fall, daß ein Kreditsuchender spontan seine Vermögensverhältnisse schildert, Passiva aber dabei unerwähnt läßt. Das qualifizierte Schweigen wurde als positives Tun angesehen.

Begrifflich setzt ein schlüssiges Verhalten voraus, daß es eindeutig ist, daß es also nur einen bestimmten Rückschluß zuläßt. Sind mehrere Rückschlüsse möglich, so ist das Verhalten mehrdeutig, ein schlüssiges Verhalten liegt nicht vor. Wenn zum Beispiel jemand auf die Frage, ob er Geld bei sich habe, schweigt, so läßt dieses Schweigen mehrere Schlüsse zu. Es kann heißen: „Ich habe Geld“ oder „ich habe kein Geld“ oder „ich will die Frage nicht beantworten“. Das Schweigen stellt daher in diesem Falle keine schlüssige Erklärung dar, es ist kein beredtes Schweigen, sondern ein Unterlassen. Anders ausgedrückt: Es genügt nicht, daß der Rückschluß möglich ist, er muß auch notwendig sein.¹⁵⁾ Diese Notwendigkeit muß eine generelle sein. D.h.: Bei der Frage, ob ein Rückschluß notwendig ist, kann es nicht nur darauf ankommen, was der jeweilige Erklärungsempfänger unter der Erklärung verstehen mußte. Entscheidend ist vielmehr, wie für einen beliebigen Erklärungsempfänger, einen objektiven Beobachter, die Erklärung aufzufassen war. Dabei sind Herkommen, Verkehrssitte und Übereinkunft der Beteiligten zu berücksichtigen.¹⁶⁾ Daß der Erklärungsempfänger im Einzelfall tatsächlich einen bestimmten Rückschluß gezogen hat, ist weder erforderlich noch ausreichend.

Auf Grund dieser Erkenntnis läßt sich nun die Frage, ob das beredte Schweigen ein begleitendes oder vorhergehendes positives Tun erfordert, beantworten. Ob sich ein bestimmtes Verhalten als beredtes Schweigen oder als Unterlassen darstellt, richtet sich ausschließlich danach, ob dieses Verhalten nur einen oder aber mehrere Rückschlüsse zuläßt. Ein begleitendes oder vorhergehendes positives Tun kann zwar den Rückschluß erleichtern, ist aber nicht erforderlich, um die Notwendigkeit des Rückschlusses zu begründen. Es lassen sich sehr wohl Fälle denken, in denen eine reine Untätigkeit nur einen Rückschluß zuläßt, ohne daß es nötig wäre, auf ein begleitendes oder vorhergehendes positives Tun abzustellen. So läßt sich folgender Fall bilden:

A ist schwer krank. Seine Angehörigen fragen den Arzt, ob er mit dem Leben davontkommt. Der Arzt schweigt auf diese Frage.

Hier liegt eine reine Untätigkeit des Arztes vor, die nicht mit einem begleitenden oder vorhergehenden positiven Tun in einem inneren Zusammenhang steht. Es sind drei Antworten denkbar, die der Arzt hätte geben können. Erstens hätte er zum Ausdruck bringen können, daß A mit dem Leben davontkommt. Zweitens hätte er angeben können, er wisse es nicht. Schließlich hätte der Arzt darauf hinweisen können, daß er mit dem Tod des A rechne.

In den ersten beiden Fällen ist es nicht nur üblich, sondern nahezu selbstverständlich, daß der Arzt die Angehörigen von der Sachlage unter-

¹⁵⁾ Ähnlich Kohlrausch-Lange, § 263 Anm. II 2, die ausführen, schlüssige Behauptungen seien solche, in denen das Unrichtige nicht ausdrücklich gesagt werde, aber als mitgesagt geschlossen werden „müsse“.

¹⁶⁾ Ebenso die Literatur, soweit diese ins einzelne gehenden Fragen erörtert werden. Nach Maurach (Bes. Teil, S. 276) ist die „Verkehrssitte“, nach Schönke-Schröder (§ 263 Anm. IV 2) die „am Rechtsverkehr orientierte Auslegung“ entscheidend.

richtet. Denn es besteht für ihn kein Grund, die Wahrheit zu verschweigen. Man könnte zwar behaupten, daß der Arzt im zweiten Fall schweigen werde, um nicht auf die Möglichkeit des Todes hinzuweisen. Ein solches Schweigen würde aber eher den Schluß zulassen, der Tod des A sei sicher oder sehr wahrscheinlich. Um diesen Schluß zu vermeiden, wird auch im zweiten Fall der Arzt sich positiv äußern.

Anders ist es im dritten Fall. Hier hat der Arzt sehr wohl Gründe, die Wahrheit nicht zu äußern. Diese Gründe können einmal darin bestehen, daß er die Angehörigen schonen will, zum anderen darin, daß er befürchtet, die Angehörigen würden den A über seinen Zustand unterrichten, was der Arzt gerade vermeiden will. Es liegt nahe, daß er in diesem Fall schweigt.

Das Schweigen des Arztes läßt daher im vorliegenden Fall nur einen Rückschluß zu, nämlich den, daß er mit dem Tod des A rechnet. Es handelt sich hier also um einen Fall des beredten Schweigens, der von keinem gleichzeitigen oder vorhergehenden Tun begleitet wird.

Als weiteres Beispiel kann eine Entscheidung des Reichsgerichts¹⁷⁾ dienen. Dabei handelte es sich um folgenden Fall:

Die Brüder A und B verkauften dem C eine Kuh, die zur Zeit des Verkaufes an Tuberkulose erkrankt war. C fragte die Brüder ausdrücklich, ob die Kuh gesund sei. A versicherte dies, während B, der dabeistand, zu der Erklärung seines Bruders schwieg.

Das Reichsgericht hat hier entschieden, daß im Schweigen des B eine stillschweigende Bestätigung der unwahren Angabe seines Bruders läge. Diesem Ergebnis ist zuzustimmen. Aus dem Verhalten des B konnte nur ein Rückschluß gezogen werden, nämlich die Erklärung, daß die Kuh gesund sei. B schwieg sogar, weil er genau wußte, daß C sein Schweigen als eindeutige Erklärung auffassen mußte. Auch hier handelt es sich also um einen Fall des beredten Schweigens, bei dem zur reinen Untätigkeit kein positives Tun hinzutritt.

Die These, eine reine Untätigkeit könne nur als Unterlassen angesehen werden, läßt sich also nicht aufrechterhalten. Vielmehr liegt nach den oben angestellten Überlegungen beredtes Schweigen vor, wenn aus einem passiven Verhalten notwendig ein bestimmter Rückschluß gezogen werden muß. Unterlassen liegt vor, wenn mehrere (oder gar keine) Rückschlüsse möglich sind.

B. Das Zusammentreffen von Tun und Unterlassen

I. Die Problemstellung

1. Die problematischen Fälle

Bei der zweiten vorweg zu erörternden Frage handelt es sich um das Zusammentreffen von positivem Tun und Unterlassen.

Dieses Problem spielt nur bei einer begrenzten Zahl von Fällen eine Rolle, bei der Mehrzahl aller Straftaten wird es gar nicht auftauchen.

¹⁷⁾ RGSt. 28, 139.

Wenn die Handlung des Täters ausschließlich aus einem positiven Tun oder aus einem Unterlassen besteht, kann es — abgesehen von den Fällen des beredten Schweigens — nicht zweifelhaft sein, wie das Verhalten des Täters zu charakterisieren ist. In einer Reihe von Fällen setzt sich indessen das Verhalten des Täters aus einer Begehungs- und einer Unterlassungskomponente zusammen, so daß es fraglich erscheinen kann, als was das Gesamtverhalten des Täters anzusehen ist. Diese Problematik taucht in zwei Gruppen von Fällen auf.

a. Zeitliches Zusammentreffen von Tun und Unterlassen.

Einmal ist es denkbar, daß das positive Tun und das Unterlassen zeitlich zusammenfallen. Das Verhalten des Täters stellt sich dann als eine Handlung dar, bei der die Frage entsteht, ob sie als positives Tun oder als Unterlassen anzusehen ist. Als Beispiel hierfür kann die bekannte Entscheidung des Reichsgerichts¹⁸⁾ dienen, an der bereits Exner¹⁹⁾ die Abgrenzung von Tun und Unterlassen erörtert hat. Es handelt sich um den Fall, daß ein Radfahrer des Nachts ohne Licht gefahren war und dadurch einen Unfall verursachte. Das positive Tun bestand hier im Radfahren, das Unterlassen im Nichteinschalten der Lampe. Tun und Unterlassen fallen hier zeitlich zusammen.

b. Zeitliches Auseinanderfallen von Tun und Unterlassen

Zum anderen können das positive Tun und das Unterlassen, anstatt zusammenzufallen, zeitlich aufeinanderfolgen. Das Verhalten des Täters besteht hier also aus zwei zeitlich getrennten Handlungen, die beide für den Erfolg kausal sind. Ein Beispiel hierfür bildet folgender Fall:

A stößt den B ins Wasser und zieht ihn anschließend nicht heraus. B. ertrinkt.

Hier folgt dem positiven Tun ein Unterlassen nach.²⁰⁾ Ein derartiges Zusammentreffen von Tun und Unterlassen liegt weitaus häufiger vor, als es zunächst den Anschein hat. Da ein Unterlassen naturgemäß nicht so augenfällig in Erscheinung tritt wie ein positives Tun, wird es oftmals gar nicht bemerkt. So folgt zum Beispiel dem positiven Tun des Täters ein Unterlassen stets dann nach, wenn das positive Tun des Täters einen Er-

¹⁸⁾ RGSt. 63, 392.

¹⁹⁾ Exner, Frankfestgabe I, S. 569 ff. (585).

²⁰⁾ Ein ähnlicher Fall wurde vom Bundesgerichtshof entschieden (BGHSt 7, 287). Hier hatte der Täter mit seinem Kraftwagen einen auf der Straße liegenden Betrunknen überfahren, der einige Stunden später an den dadurch erlittenen Verletzungen starb und mit größter Wahrscheinlichkeit auch durch eine sofortige ärztliche Behandlung nicht mehr zu retten gewesen wäre. Der Täter kehrte zwar zur Unfallstelle zurück, ließ aber den Verletzten liegen und setzte seine Fahrt fort. Der BGH hat in diesem Sachverhalt nicht ein Problem des Zusammentreffens von Tun und Unterlassen in dem hier zu erörternden Sinne gesehen, sondern hat Realkonkurrenz zwischen dem fahrlässigen positiven Tun und dem vorsätzlichen Unterlassen angenommen. Daß indessen die Fälle, in denen dem positiven Tun ein Unterlassen nachfolgt, nicht nach Konkurrenz Gesichtspunkten gelöst werden können, wird unten noch nachgewiesen werden. Gegen die Auffassung des BGH wendet sich auch Maurach (Allg. Teil, S. 458), der in dem fahrlässigen positiven Tun eine mitbestrafte Vortat zum nachfolgenden Unterlassen sieht.

Vgl. zu dieser Frage ferner OGHSt 1, 357.

folg verursacht, der nicht sofort, sondern erst nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne eintritt. Während dieser Zeitspanne unterläßt es nämlich der Täter, den Eintritt des Erfolges abzuwenden. Dieses Unterlassen ist kausal für den Erfolg. Es ist auch rechtswidrig, da der Täter durch sein vorhergehendes positives Tun eine Gefahrenlage geschaffen hat, aus der sich eine Erfolgsabwendungspflicht für ihn ergibt.²¹⁾

2. Die Notwendigkeit der Untersuchung

Ob man in den Fällen, in denen sich das Verhalten des Täters aus Tun und Unterlassen zusammensetzt, das Gesamtverhalten als positives Tun oder als Unterlassen ansieht, ist nicht nur von dogmatischem Interesse, sondern kann sich auch in erheblichem Umfange auf das Ergebnis und damit auf das Strafmaß auswirken. Zwar beweisen die bisher genannten Beispiele die Notwendigkeit einer solchen Unterscheidung noch nicht, da bei ihnen die Annahme eines positiven Tuns wie die Annahme eines Unterlassens zum gleichen Ergebnis führt. In vielen Fällen ist es aber für das Ergebnis keineswegs gleichgültig, ob man ein Tun oder ein Unterlassen annimmt. Das ist zum Beispiel stets dann der Fall, wenn Tun und Unterlassen mit verschiedener Schuldform verwirklicht sind. Hierfür ein Beispiel:

A und B fahren Paddelboot. Durch ungeschicktes Manövrieren bringt A das Boot fahrlässig zum Kentern. Obwohl A ein guter Rettungsschwimmer ist, zieht er den B, der nicht schwimmen kann, vorsätzlich nicht aus dem Wasser.²²⁾

Hier ist die Entscheidung der Frage, ob A wegen fahrlässiger Tötung oder wegen Totschlags strafbar ist, von der Annahme eines positiven Tuns oder eines Unterlassens als Grundlage der Strafbarkeit abhängig.

Auch im Falle der Teilnahme kommt man zu unterschiedlichen Ergebnissen, je nachdem, ob man die Strafbarkeit aus einem Tun oder einem Unterlassen ableitet. Für die Strafhöhe kann dies dann eine Rolle spielen, wenn es sich bei der Teilnahme um Beihilfe handelt. Ein Zusammentreffen von einer durch positives Tun begangenen Teilnahmehandlung und einem Unterlassen, das unter Umständen als Täterschaft anzusehen ist, liegt in den meisten Fällen der Teilnahme vor. Wer nämlich einen anderen anstiftet, unterläßt es nach Erzeugung des Tatentschlusses, die Ausführung der Haupttat zu verhindern. Dieses Unterlassen ist kausal für den mit Strafe bedrohten Erfolg der Haupttat. Es ist auch rechtswidrig, da der Unterlassende aus seinem vorangegangenen Tun — der Erzeugung des Tatentschlusses — die Rechtspflicht hatte, den Erfolg abzuwenden. Das Unterlassen weist also alle Merkmale auf, die zur täterschaftlichen

²¹⁾ Diese Situation findet sich zum Beispiel in allen Fällen des Rücktritts vom beendeten Versuch. Hier schließt sich an das positive Tun des Täters ein Unterlassen an, das kausal für den Erfolg und — aus Ingerenz — auch rechtswidrig ist. Damit ist vom Unterlassungsstandpunkt aus der Täter zum Rücktritt verpflichtet.

²²⁾ Einen ähnlichen Fall bildet Maurach, Allg. Teil, S. 458: A stößt den des Schwimmens unkundigen B fahrlässig vom Bootssteg ins tiefe Wasser und unterläßt dann vorsätzlich jede Rettungshandlung, so daß B ertrinkt.

Begehung einer Tat erforderlich sind.²³⁾ Es stellt sich auch nicht ohne weiteres als Anstiftungshandlung dar, da es keinen Tatentschluß hervorruft. Daraus ergibt sich folgendes: Berücksichtigt man für die Strafbarkeit nur das positive Tun und nicht das Unterlassen, so liegt Anstiftung vor. Leitet man dagegen die Strafbarkeit aus dem Unterlassen ab, so handelt es sich um Täterschaft durch Unterlassen, und die Anstiftung müßte nach Konkurrenzgesichtspunkten hinter der Täterschaft zurücktreten. Hier führt also die Entscheidung, ob ein Tun oder ein Unterlassen vorliegt, ebenfalls zu verschiedenen Ergebnissen.

Genauso ist es im Fall der Beihilfe. Hat jemand einem anderen vor Begehung der Haupttat physische oder psychische Beihilfe geleistet, so unterläßt er es anschließend, den Erfolg der Haupttat zu verhindern, obwohl er hierzu aus vorangegangenen Tun — nämlich der Beihilfe — verpflichtet war. Auch hier taucht wieder die Frage auf, ob das Unterlassen zu einer Täterschaftsstrafe führen kann.

Die genannten Fälle zeigen, daß die Annahme eines Tuns oder eines Unterlassens völlig verschiedene Ergebnisse liefern kann. Auf die Abgrenzung von Tun und Unterlassen kann daher nicht verzichtet werden.

II. Die Auffassungen in der Literatur

In der Literatur wird das Problem der Abgrenzung von Tun und Unterlassen häufig nicht klar erkannt und in der Behandlung oft nur gestreift.²⁴⁾

Die Rechtsprechung hatte zwar häufig Fälle zu entscheiden, in denen das Problem der Abgrenzung von Tun und Unterlassen enthalten war.²⁵⁾ Sie hat aber niemals allgemeine Grundsätze für die Lösung dieses Problems aufgestellt.²⁶⁾ Eingehende Erörterungen und Lösungsvorschläge fin-

²³⁾ Vgl. dazu Kantorowicz, S. 158 f.

²⁴⁾ Die Frage wird behandelt von: Baumann, S. 164 f. und 195; Alexander Böhm, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 17 ff.; Exner, Frankfestgabe I, S. 585 ff.; Arthur Kaufmann, Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 200 ff.; Maurach, Allg. Teil, S. 457 ff.; H. Mayer, Das Strafrecht des Deutschen Volkes, S. 214; Lehrbuch 1953, S. 112; Mezger, StB I, S. 76 f.; Sauer, Frankfestgabe I, S. 206 ff. und GS 114, 279 ff. (295); Eberhard Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 75 ff. und 160 ff.; Schönke-Schröder, Vorbem. V 3 vor § 1; Spindel, Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 182 ff.; Zimmermann, NJW 1952, 1321 f.

²⁵⁾ Vgl. Rechtspr. des RG in Strafs. 10, 268; RGSt. 15, 151; 59, 299, 63, 211; 63, 392; 76 115; RG JW 1928, 2716; RG HRR 1930, 2034; RG I D 555/26, mitgeteilt bei Exner, Frankfestgabe I, S. 583, 587 ff.; BGHSt. 6, 46, (59); 6, 229; 11, 1; BGH NJW 1953, 1924; BGH 5 StR 642/54 bei Dallinger MDR 1955, 269; OLG Braunschweig SJZ 1949, Sp. 130.

²⁶⁾ Insbesondere hat der BGH in seinen Entscheidungen nur andeutungsweise zu dem hier interessierenden Problem Stellung genommen. Dabei hat er die unterschiedlichsten Auffassungen vertreten. Während in BGH NJW 1953, 1924 Tun und Unterlassen nach der „sozialen Sinnbedeutung“ des Täterverhaltens abgegrenzt werden und damit — freilich ohne nähere Begründung — die (noch dazustellende) Auffassung Eberhard Schmidts vertreten wird, soll nach einem Beschluß des Großen Senats vom 17. 2. 1954 — BGHSt. 6, 46 (59) — entscheidend sein, worin der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liege. Mit dieser Formulierung steht der BGH auf dem Boden der Auffassung Mezgers. Nach einer dritten Entscheidung vom 11. 1. 1955 — 5 StR 642/54 bei Dallinger MDR 1955, 269 — soll es auf das Unterlassen nicht mehr ankommen, wenn der Erfolg bereits durch positives Tun herbeigeführt worden sei. Die Frage, ob ein Unterlassungsdelikt vorliege, sei nur dann zu stellen, wenn der Täter ausschließlich durch Unterlassen gehandelt habe. Hier gewinnt man den Eindruck, der Unterlassensanteil solle stets hinter dem positiven Tun zurücktreten.

den sich nur bei Eberhard Schmidt²⁷⁾, Mezger²⁸⁾, Spendel²⁹⁾ und Alexander Böhm³⁰⁾ 31). Diese Stellungnahmen bedürfen einer näheren Untersuchung.

1. Die Auffassung Eberhard Schmidts

Nach Eberhard Schmidt soll sich die Abgrenzung von Tun und Unterlassen nicht nach dem äußeren Bilde des Verhaltens richten. Entscheidend soll vielmehr sein, welchen „sozialen Sinn“ das jeweilige Verhalten erfüllt.³²⁾ Als Beispiel bringt Eberhard Schmidt den Fall, daß eine Mutter beim Säubern der Wohnung eine Schale mit Fliegengift auf den Boden stellt und es dabei fahrlässig unterläßt, ihr Kind von der Schale fernzuhalten. Das Kind trinkt von dem Gift und erleidet dadurch eine schwere Gesundheitsschädigung. In diesem Fall sei es „sinnwidrig“, so führt Eberhard Schmidt aus, das Hinstellen der Schale als kausal für den Erfolg anzusehen und den Fall unter dem Gesichtspunkt des positiven Tuns zu betrachten. Was dem Verhalten der Mutter seine „soziale Sinnbedeutung“ verleihe, sei die Tatsache, daß sie „bei ihrer nützlichen Tätigkeit des Reinemachens“ nicht verhindert habe, daß das Kind von dem Gift trinke, mithin der Unterlassensanteil des Verhaltens der Mutter.³³⁾ Als weiteres Beispiel nennt Eberhard Schmidt den mißglückten ärztlichen Eingriff.³⁴⁾ Auch hier sei es „sinnwidrig“ bei einem „ärztlich einwandfreien Vorgehen“³⁵⁾ das positive Tun als Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit zu wählen. Vielmehr müsse die Tatsache, daß der Arzt „die bei seinem Heileingriff mit diesem auftretenden Gefahren nicht wirksam bekämpft“³⁶⁾ habe, also der Unterlassensanteil, für die juristische Charakterisierung des Verhaltens maßgebend sein.

Der Auffassung Eberhard Schmidts müssen Bedenken entgegengesetzt werden. Sie ist auch in der Literatur wiederholt auf Ablehnung gestoßen.³⁷⁾

Zunächst entsteht die Frage, was Eberhard Schmidt meint, wenn er sagt, im Fliegengiftfall sei es sinnwidrig, das Hinstellen der Schale auf den Boden als kausal für die Körperverletzung anzusehen. Wenn Eberhard Schmidt damit die Kausalität dieses positiven Tuns bestreiten will, so muß ihm entgegengehalten werden, daß nach der allgemein anerkannten und auch von Eberhard Schmidt vertretenen³⁸⁾ *Conditio-sine-qua-*

27) Eberhard Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 75 ff. und 160 ff., insbes. S. 78 ff.

28) Mezger, StB I, S. 76 f.

29) Spendel, Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 182 ff.

30) Alexander Böhm, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 17 ff.

31) Es mag überraschen, daß an dieser Stelle Exner nicht genannt wird. Ihm gebührt das Verdienst, als einer der ersten auf das Problem des Zusammentreffens von Tun und Unterlassen hingewiesen zu haben (Frankfestgabe Bd. I, S. 569 ff.). Indessen befaßt er sich in seiner Abhandlung nur mit der Problematik einzelner Fälle, ohne eine generelle Lösung für das Zusammentreffen von Tun und Unterlassen aufzustellen.

32) Eberhard Schmidt, aaO., S. 79. — Ebenso der BGH in NJW 1959, 1924.

33) Eberhard Schmidt, aaO., S. 79.

34) Eberhard Schmidt, aaO., S. 78, 79 f.

35) Eberhard Schmidt, aaO., S. 78.

36) Eberhard Schmidt, aaO., S. 79.

37) Vgl. Alexander Böhm, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 19 u. 21 ff.; Mezger, Grundriß, S. 52; Spendel, Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 191 ff.

38) Vgl. v. Liszt-Schmidt, S. 161 f.

non-Formel das Hinstellen der Schale nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiel. Offensichtlich will aber Eberhard Schmidt nur zum Ausdruck bringen, daß die Strafbarkeit der Mutter nicht dem positiven Tun entnommen werden dürfe.³⁹⁾ Er begründet diese Feststellung aber nur damit, daß eine gegenteilige Auffassung „sinnwidrig“ sei. Warum es sinnwidrig sein soll, an das positive Tun anzuknüpfen, führt er nicht näher aus. Für den Begriff der Sinnwidrigkeit gibt es weder spezielle noch generelle Maßstäbe. Es hängt ganz von der Einstellung des urteilenden Subjekts ab, ob etwas als sinnwidrig empfunden wird oder nicht. Demzufolge lassen sich mit dem Begriff der „Sinnwidrigkeit“ allgemeine Aussagen über die Abgrenzung von Tun und Unterlassen nicht treffen. Zwar läßt sich den von Eberhard Schmidt angeführten Beispielen entnehmen, daß diejenige Verhaltensweise nicht zur Grundlage der Strafbarkeit gemacht werden soll, die eine nützliche Tätigkeit darstellt.⁴⁰⁾ Dem muß aber mit Alexander Böhm⁴¹⁾ entgegengehalten werden, daß ein Hausputz oder eine Operation in dieser konkreten Ausgestaltung, die zur Schädigung von Menschen führt, eben keine nützliche Tätigkeit ist. Auch der Begriff der nützlichen Tätigkeit liefert daher keinen Anhaltspunkt für die Abgrenzung von Tun und Unterlassen.

Vor allem aber spricht gegen den Weg, den Eberhard Schmidt zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen einschlägt, daß es sich bei dem Begriff der sozialen Sinnbedeutung um die Einführung einer Generalklausel⁴²⁾ handelt, die eine exakte dogmatische Abgrenzung auf dem Wege logischer Deduktion nicht liefern kann. Ob die „soziale Sinnbedeutung“ eines Verhaltens zur Annahme eines positiven Tuns oder eines Unterlassens führt, liegt im freien, nicht nachprüfaren Ermessen des Richters. Im Grunde genommen wird die Entscheidung vom Ergebnis her gewonnen. Denn die Abgrenzung nach der „sozialen Sinnbedeutung“ kann nichts anderes heißen, als daß man eine Handlung, die sich aus Tun und Unterlassen zusammensetzt, als Unterlassen wertet, wenn man gefühlsmäßig der Auffassung ist, es sei ein Unterlassen, und als positives Tun, wenn man gefühlsmäßig meint, es sei ein positives Tun. Soweit die Annahme eines Tuns oder eines Unterlassens zu verschiedenen Ergebnissen führt⁴³⁾, ermöglicht es der Begriff der sozialen Sinnbedeutung sogar, Erwägungen über die Strafwürdigkeit Raum zu geben.

Selbst wenn man aber die Auffassung vertreten wollte, gefühlsmäßige Entscheidungen seien im Strafrecht zulässig, so wäre auch damit eine befriedigende Methode zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen nicht gewonnen. Denn auch das Rechtsgefühl bedarf gewisser äußerer Anhaltspunkte, an denen es sich bei seiner Entscheidung orientieren kann. Nur solche äußeren Anhaltspunkte geben die Gewähr dafür, daß bei verschie-

³⁹⁾ Dafür spricht auch die Tatsache, daß er im parallel liegenden Fall des mißglückten ärztlichen Eingriffs das positive Tun des Arztes als „selbstverständlich“ kausal für den Erfolg bezeichnet (S. 79).

⁴⁰⁾ Nämlich der Eingriff des Arztes, der der Heilung des Patienten dienen soll, oder die „nützliche Tätigkeit des Reinemachens“ (S. 79) der Mutter.

⁴¹⁾ Alexander Böhm, aaO., S. 23.

⁴²⁾ Zur Problematik der Generalklausel vgl. Claß, Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 122 ff.

⁴³⁾ z.B. in den auf Seite 16 f. genannten Beispielen.

denen Personen das Rechtsgefühl die gleichen Ergebnisse liefert. Ohne derartige Anhaltspunkte sind nur willkürliche Entscheidungen möglich. Daher können gefühlmäßige Erwägungen nur dort sichere Ergebnisse liefern, wo ohnehin kein Zweifel besteht, ob es sich um Tun oder um Unterlassen handelt. In den wirklich problematischen Fällen, in denen die Argumente gleichermaßen für die Annahme eines Tuns wie eines Unterlassens sprechen, findet auch das Rechtsgefühl keine Anhaltspunkte mehr, an denen es sich orientieren könnte.⁴⁴⁾

Der Auffassung Eberhard Schmidts kann daher nicht gefolgt werden.

2. Die Auffassung Mezgers

Nach Mezger⁴⁵⁾ soll es bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen nicht auf die äußere Gestaltung des einzelnen Falles, sondern darauf ankommen, wogegen sich der „rechtliche Vorwurf“ richtet.⁴⁶⁾ Die Unterscheidung von positivem Tun und Unterlassen sei keine Tatsachen-, sondern eine Wertungsfrage.⁴⁷⁾

Auch dieser Lösungsvorschlag ermöglicht eine präzise Abgrenzung nicht. Das zeigt sich bereits an dem schon erwähnten Fall des Radfahrers, der ohne Licht fährt.⁴⁸⁾ Hier taucht gerade die Frage auf, ob sich der rechtliche Vorwurf gegen das Tun oder gegen das Unterlassen richtet. Denn wie man von dem Radfahrer sagen kann, er dürfe fahren, aber nicht ohne Licht, kann man umgekehrt genauso gut sagen, er brauche kein Licht zu brennen, dürfe aber dann nicht fahren.

Eine genauere Analyse der Mezger'schen Auffassung ergibt, daß ihr auch dogmatische Einwände entgegengehalten werden müssen. Um was es sich bei dem Begriff des „rechtlichen Vorwurfs“ handelt, ist nicht klar ersichtlich. Unter Vorwerfbarkeit versteht man die Schuld, die aber beim positiven Tun und beim Unterlassen wesentliche Unterschiede nicht aufweist.⁴⁹⁾ Offenbar meint Mezger, daß es darauf ankommen solle, welche der Handlungen, das Tun oder das Unterlassen, rechtswidrig sei. Aber auch unter dieser Voraussetzung erweist sich sein Lösungsvorschlag als undurchführbar. Er würde nur dann zu einem Ergebnis führen, wenn sich der rechtliche Vorwurf ausschließlich gegen eine der Verhaltensweisen richtet, wenn die andere also erlaubt war. Denn dann könnte man das rechtlich erlaubte Verhalten aus der weiteren Betrachtung ausscheiden. Hiermit ist aber für die Lösung des Problems nichts gewonnen. Denn die Mezger'sche These versagt in allen Fällen, in denen das Tun wie das Unterlassen gleichermaßen rechtswidrig sind.

⁴⁴⁾ Wie z.B. in dem oben angeführten Fall, in dem ein Radfahrer ohne Licht fährt. M.E. kann man hier auch gefühlsmäßig nicht entscheiden, ob das strafrechtlich relevante Verhalten im Fahren ohne Licht oder im Nichteinschalten des Lichtes beim Fahren besteht.

⁴⁵⁾ Mezger, StB I, S. 76 f.

⁴⁶⁾ Auch in der Entscheidung des Bundesgerichtshofes BGHSt. 6, 46 (59) ist diese Formulierung gewählt.

⁴⁷⁾ Zustimmend Zimmermann NJW 52, 1321. — Auch H. Mayer steht wohl auf dem Boden dieser Auffassung, wenn er ausführt, die Abgrenzung von Tun und Unterlassen erfolge durch ein „Werturteil“ (S. 112).

⁴⁸⁾ RGSt. 63, 392 ff.

⁴⁹⁾ Ein geringer Unterschied besteht insofern, als der Unterlassungstäter eine geringere verbrecherische Energie aufweist als der Täter, der durch positives Tun handelt. Insofern kann man von einem geringeren Verschulden sprechen. — Diese Frage wird unten noch näher erörtert werden.

Damit erweist sich eine objektive Feststellung, ob sich der „rechtliche Vorwurf“ gegen ein Tun oder ein Unterlassen richtet, als unmöglich. Es bliebe nur der Ausweg, auch hier die Frage, ob ein Tun oder ein Unterlassen vorliegt, einer gefühlsmäßigen Entscheidung zu überlassen. Damit würde aber das Ergebnis wiederum von der subjektiven Einstellung des Einzelnen abhängig gemacht und jeder Nachprüfung durch eine Kontrollinstanz entzogen werden.

Auch dem Vorschlag Mezgers kann daher nicht beigestimmt werden.

3. Die Auffassung Spendels

Spendel erörtert in seiner Abhandlung über die Unterscheidung von Tun und Unterlassen⁵⁰⁾ lediglich diejenigen Fälle, in denen das positive Tun und das Unterlassen zeitlich zusammenfallen.⁵¹⁾ Seine Stellungnahme beschränkt sich also nur auf einen Teil der hier interessierenden Fragen. Ausgangspunkt und näherer Gegenstand der Untersuchung ist für ihn folgender Fall in BGHSt. 11 S. 1: Ein Lastkraftwagenfahrer überholt in zu knappem Abstand einen betrunkenen Radfahrer, der dadurch irritiert wird, unter den Lastzug kommt und tödlich verletzt wird, der aber auch bei Überholen in größerem Abstand wahrscheinlich so verunglückt wäre. Hier erhebt sich wieder die Frage, ob ein Tun (Fahren und Überholen in zu engem Abstand) oder ein Unterlassen (Nichteinhalten eines größeren und gebotenen Abstandes, den strafrechtlichen Anknüpfungspunkt bildet. Im ersten Falle muß man die Kausalität des Verhaltens bejahen. im zweiten dagegen verneinen.⁵²⁾

Spendel ist der Auffassung, daß „für eine tatsächliche Betrachtung die Regel aufzustellen sei, daß als erstes nach der aktiven Seite eines zweideutigen und doppelseitigen Verhaltens zu fragen und dieses im Zweifel als positives Tun aufzufassen sei“.⁵³⁾ Zur Begründung führt er an, daß „gerade das Strafrecht in erster Linie an sozialschädliches Handeln und nicht an Unterlassen anknüpfe und die strafrechtlichen Normen daher vornehmlich Verbote seien, die Unterlassungen (bestimmter Handlungen) verlangten, und nicht Gebote, die Handlungen forderten. Durch ‚Taten‘, d.h. vor allem durch aktives Tun, greife der Mensch in das Naturgeschehen ein, durch Aktivität werde in der Regel ... etwas vollbracht, kaum durch ‚Tatenlosigkeit‘, durch Passivität.“⁵⁴⁾

50) Spendel, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 183 ff.

51) Diese Einschränkung geht aus der von ihm getroffenen Auswahl von Fällen hervor, s. auch seinen Hinweis aaO., S. 193 Anm. 44.

52) So mit Recht Spendel aaO., S. 185.

53) Spendel, aaO., S. 194.

54) Spendel, aaO. Gegen das letzte Argument erheben sich freilich Bedenken. Einmal erscheint es bereits fraglich, ob wirklich die durch positives Tun begangenen Taten derart gegenüber den Unterlassungstaten überwiegen. Ein Unterlassen liegt nämlich weitaus häufiger vor, als es zunächst den Anschein hat. Denn da ein Unterlassen naturgemäß nicht so augenfällig in Erscheinung tritt wie ein positives Tun, wird es häufig gar nicht bemerkt. Vor allem aber kann eine rein statistische Feststellung, daß die Begehung durch positives Tun häufiger vorkomme als die Begehung durch Unterlassen, nicht einen dogmatischen Wertunterschied zwischen Tun und Unterlassen begründen. Zwar besteht, wie noch zu zeigen sein wird, ein solcher Wertunterschied. Er kann aber nicht auf statistische Erwägungen zurückgeführt werden.

Spendel will also in den Fällen, in denen nicht schon von vorneherein das Tun oder das Unterlassen dadurch für die weitere Betrachtung ausscheiden, daß sie nicht tatbestandsmäßig, nicht rechtswidrig oder nicht schuldhaft sind, das Verhalten des Täters unter dem Gesichtspunkt des positiven Tuns prüfen. Soweit sich hierbei eine Strafbarkeit des Verhaltens als positives Tun ergebe, erübrige es sich, das Verhalten als unechte Unterlassung zu konstruieren und so etwa das gleiche Ergebnis zu finden. Wenn eine Handlungsweise als aktives Tun begreifbar und so als kausal für einen deliktischen Erfolg erweisbar, schließlich auch rechtswidrig und schuldhaft sei, könne nicht etwa die Nichtkausalität und Strafflosigkeit dieses Verhaltens dadurch begründet werden, daß man es in eine unechte Unterlassung umdeute, wie dies in BGHSt. 11, S. 1 geschehen sei.

Der Auffassung, daß das positive Tun wertmäßig schwerer wiegt als das Unterlassen und infolgedessen zur Verdrängung des Unterlassensanteiles führen kann, muß zugestimmt werden. Ob allerdings in allen denkbaren Fällen das Unterlassen hinter dem positiven Tun zurücktritt, soll zunächst dahingestellt bleiben. Bei der Darlegung der eigenen Auffassung werden diese Fragen noch ausführlich erörtert werden.

4. Die Auffassung Alexander Böhm's

Einen weiteren Lösungsvorschlag bringt Alexander Böhm.⁵⁵⁾ Böhm geht davon aus, daß sich positives Tun und Unterlassen stets trennen lassen. Es sei kein Fall denkbar, in dem sich nicht eindeutig feststellen lasse, ob ein Tun oder ein Unterlassen gegeben sei.⁵⁶⁾ Zu diesem Ergebnis gelangt er auf folgendem Wege: Jeder Verhaltenskomplex lasse sich in Einzelakte der Körperruhe und der Körperbewegung zerlegen. Körperbewegung sei Tun, Körperruhe Unterlassen. Habe man diese Zerlegung vorgenommen, so sei jeder Einzelakt daraufhin zu prüfen, ob bei ihm sämtliche Deliktsvoraussetzungen gegeben seien, d.h., ob er tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft sei. Verneine man eine oder mehrere dieser Deliktsvoraussetzungen bei einem der Einzelakte, so scheide dieser Einzelakt für die weitere Betrachtung aus. Nur auf Grund der Einzelakte, die tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft seien, könne die Frage, ob ein Tun oder Unterlassen vorliege, beantwortet werden.⁵⁷⁾ Liegen nur bei einem Einzelakt sämtliche Deliktsvoraussetzungen vor, so ist damit nach Böhm die Frage, ob ein Tun oder ein Unterlassen vorliegt, beantwortet. Es kommt dann darauf an, ob dieser Einzelakt ein Tun oder ein Unterlassen ist. Sind dagegen mehrere Einzelakte tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft, so soll sich ihr Verhältnis zueinander nach Konkurrenzgesichtspunkten bestimmen.⁵⁸⁾

Der Auffassung Böhm's kann nicht in allen Punkten gefolgt werden. Zunächst erscheint es zweifelhaft, ob sich positives Tun und Unterlassen in jedem Falle trennen lassen. Insbesondere dann, wenn Tun und Unterlassen zeitlich zusammenfallen, wie in dem bereits mehrfach erwähnten

⁵⁵⁾ Alexander Böhm, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 17 ff.

⁵⁶⁾ Alexander Böhm, aaO., S. 17.

⁵⁷⁾ Alexander Böhm, aaO., S. 18 und 24.

⁵⁸⁾ Alexander Böhm, aaO., S. 24, Anm. 81.

Fall des Radfahrers, der ohne Licht fährt, erscheint diese Prämisse fraglich. Indessen soll hier auf diese Frage nicht näher eingegangen werden, da sie bei der Darstellung der eigenen Auffassung ausführlich erörtert werden wird.

Auch die Behauptung, daß rein äußerlich eine Körperbewegung positives Tun, eine Körperruhe Unterlassen darstelle, kann — jedenfalls hinsichtlich der Körperruhe — nicht unwidersprochen bleiben. Sie mag zwar auf den ersten Blick sehr einleuchtend erscheinen. Es gibt aber zahlreiche Beispiele, in denen auch eine Körperruhe zur Annahme eines positiven Tuns führen muß. Dabei handelt es sich um die Fälle des beredten Schweigens, von denen oben ausführlich gehandelt wurde. Hier stellt die reine Untätigkeit ein positives Tun dar. Körperruhe kann also mit Unterlassen nicht gleichgesetzt werden.

Dagegen ist Böhm grundsätzlich zuzustimmen, wenn er diejenigen Verhaltensweisen von der weiteren Betrachtung ausscheidet, bei denen die Deliktsvoraussetzungen nicht vollständig vorliegen. Denn Grundlage der Strafbarkeit kann nur ein Verhalten sein, das tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft ist.

Im letzten Punkt seiner Beweisführung ist Böhm dagegen wiederum zu widersprechen. Wenn sich ergibt, daß sowohl das positive Tun wie das Unterlassen tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft erfolgt sind, läßt sich die Abgrenzung nicht nach allgemeinen Konkurrenzgesichtspunkten durchführen. Denn dann müßte zum Beispiel in dem Fall, daß durch positives Tun angestiftet und dann die Abwendung des Erfolges der Haupttat unterlassen wurde,⁵⁹⁾ die Anstiftung durch positives Tun hinter der Täterschaft durch Unterlassen zurücktreten. Nach allgemeinen Konkurrenzgesichtspunkten ist nämlich die Teilnahme gegenüber der Täterschaft subsidiär. Dieses Ergebnis könnte sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt der mitbestraften Nachtat ändern, da eine Täterhandlung nicht mitbestrafte Nachtat gegenüber einer Teilnahmehandlung sein kann. Nach Böhm würde also jeder Fall der Anstiftung durch das nachfolgende Unterlassen in eine Täterhandlung umschlagen, es gäbe praktisch keine Anstiftung mehr. Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen kann also nicht nach allgemeinen Konkurrenzgesichtspunkten erfolgen.

Auch der Vorschlag Alexander Böhms ist daher zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen nicht geeignet.

III. Die eigene Auffassung

Obwohl die in der Literatur vorgeschlagenen Lösungen im Ergebnis eine befriedigende Abgrenzung von Tun und Unterlassen zumeist nicht liefern, gehen sie zum Teil von einem Gesichtspunkt aus, der den richtigen Ansatz für eine Lösung enthält. Dieser Gesichtspunkt ist folgender: Beim Zusammentreffen von Tun und Unterlassen entscheidet über den Charakter des Gesamtverhaltens derjenige Verhaltensanteil, der gegenüber dem anderen das juristisch größere Gewicht hat. Das bedeutet: Ist dem positiven Tun das juristisch größere Gewicht beizumessen, so tritt der Unterlassensanteil hinter dem positiven Tun zurück, der Täter ist also wegen positiven Tuns zu bestrafen. Hat der Unterlassensanteil das größere Ge-

⁵⁹⁾ Es handelt sich hier um das bereits auf S. 16 f. dargestellte Beispiel.

wicht, so tritt das positive Tun hinter dem Unterlassen zurück und der Täter ist wegen Begehung durch Unterlassen zu bestrafen.⁶⁰⁾ Damit ist auf den entscheidenden Gedanken hingewiesen, an dem sich eine Abgrenzung von Tun und Unterlassen zu orientieren hat.

Ist somit der Ausgangspunkt für die Lösung gewonnen, so erhebt sich die weitere Frage, nach welchen Kriterien es sich entscheidet, welchem Verhaltensanteil das juristisch größere Gewicht beizumessen ist. Die Kritik der Lösungsvorschläge im Schrifttum hatte gezeigt, daß es sich nicht um Kriterien handeln darf, die rein gefühlsmäßige Entscheidungen ermöglichen.⁶¹⁾ Vielmehr muß es sich um Merkmale handeln, die objektiv feststellbar sind und nicht von der subjektiven Einstellung des urteilenden Beobachters abhängen.

Als solches Merkmal bietet sich zunächst die Schuldform an, mit der die betreffende Handlung begangen wurde. Ob eine Handlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen ist, läßt sich an Hand objektiv feststellbarer Indizien nachweisen.⁶²⁾ Durch die Schuldform wird auch den einzelnen Verhaltensanteilen ein unterschiedliches Gewicht verliehen. Denn ein vorsätzliches Verhalten stellt eine viel stärkere Begehungsform dar als ein nur fahrlässiges Verhalten. Der Wille des Täters, den Erfolg herbeizuführen, läßt seine Handlung erheblich schwerwiegender erscheinen als die Handlung eines Täters, der den Erfolg nur fahrlässig herbeigeführt hat. Daher muß hinter dem vorsätzlich begangenen Verhaltensanteil der fahrlässig begangene Verhaltensanteil zurücktreten.

Durch die Berücksichtigung der Schuldform lassen sich vier Fallgruppen bilden, je nachdem, ob die einzelnen Verhaltensanteile vorsätzlich oder fahrlässig begangen sind.

1. Fallgruppe:

Das Tun ist fahrlässig, das Unterlassen vorsätzlich. Als Beispiel hierfür kann der schon mehrfach genannte Paddelbootfall dienen, in dem A das Boot fahrlässig kentern läßt und den des Schwimmens unkundigen B dann vorsätzlich nicht rettet. Hier ist die Lösung nach den oben dargelegten Grundsätzen klar: Das fahrlässige Tun tritt hinter dem vorsätzlichen Unterlassen als der stärkeren Begehungsform zurück.⁶³⁾

2. Fallgruppe:

Das positive Tun ist vorsätzlich, das Unterlassen fahrlässig. Hierfür wieder ein Beispiel:

⁶⁰⁾ Dieser Gesichtspunkt liegt den Theorien Eberhard Schmidts und Mezgers zugrunde. Zwar wird das nicht ausdrücklich ausgesprochen. Wenn aber gefragt wird, was die „soziale Sinnbedeutung“ eines Verhaltens ausmache oder wogegen sich der „rechtliche Vorwurf“ richte, so liegt darin eine Abwägung, die die Feststellung des schwererwiegenden Verhaltensanteiles zum Ziele hat.

⁶¹⁾ Wie die „soziale Sinnbedeutung“ oder der „rechtliche Vorwurf“.

⁶²⁾ Natürlich ist auch hier noch ein Rückschluß des Richters erforderlich. Dieser Rückschluß erfolgt aber auf Grund objektiv feststellbarer Tatsachen und stellt keine rein gefühlsmäßige Entscheidung dar.

⁶³⁾ Zum gleichen Ergebnis kommt Maurach (Allg. Teil, S. 458) in dem parallel liegenden Fall, daß A den B fahrlässig von einem Bootssteg ins Wasser stößt und ihn vorsätzlich nicht rettet.

A stößt den B mit Tötungsvorsatz ins Wasser. Da A nicht schwimmen kann, kann er den B nicht selbst aus dem Wasser holen. Er übersieht aber fahrlässig, daß sich in der Nähe ein Rettungsring befindet, den er dem B zuwerfen könnte.

A hat es also fahrlässig unterlassen, den B zu retten, obwohl er aus vorangegangenen Tun dazu verpflichtet gewesen wäre. Auch hier ergibt sich die Lösung aus den oben gewonnenen Grundsätzen: Das fahrlässige Unterlassen tritt hinter dem vorsätzlichen Tun zurück. A ist — falls B ertrinkt — wegen vorsätzlicher, durch positives Tun begangener Tötung zu bestrafen.

3. Fallgruppe:

Das positive Tun und das Unterlassen sind vorsätzlich. Als Beispiel kann der oben genannte Fall folgendermaßen abgewandelt werden:

A stößt den B vorsätzlich ins Wasser und unterläßt es vorsätzlich, ihn zu retten, obwohl er hierzu in der Lage wäre.

In diesem Falle versagt die Abgrenzung von Tun und Unterlassen nach der stärkeren Schuldform, da sowohl bei der Begehungs- wie bei der Unterlassungskomponente Vorsatz vorliegt. Indessen kann die Lösung aus einem anderen Gesichtspunkt gewonnen werden. Es handelt sich dabei um ein bereits erwähntes Charakteristikum des Unterlassens. Das Unterlassen ist nämlich in seinem juristischen Gewicht schwächer als das positive Tun. Zwar wird das Unterlassen dem positiven Tun grundsätzlich gleichgestellt. Hierbei handelt es sich jedoch nur um eine dogmatische Strukturgleichheit, nicht um eine daraus zugleich folgende Wertgleichheit. Wenn man — sonst gleiche Verhältnisse vorausgesetzt — positives Tun und Unterlassen miteinander vergleicht, so bedarf es beim positiven Tun eines größeren Aufwandes an verbrecherischer Energie. Denn zwischen der Tatausführung durch positives Tun und der durch Unterlassen bestehen erhebliche Unterschiede. Im ersten Fall muß der Delinquent selbst in Tätigkeit treten, er muß gestaltend in das Naturgeschehen eingreifen, um den Erfolg herbeizuführen.⁶⁴⁾ Im zweiten Fall wird die Tat an ihn herangetragen, es genügt ein rein passives Verhalten. Während der aktiv handelnde Täter von sich aus eine Kausalreihe in Gang setzt, greift der Unterlassungstäter in einen von außen gesetzten Kausalverlauf lediglich nicht hemmend ein. Demzufolge ist die Willensintensität, die der Täter zur Tatausführung aufbringen muß, beim positiven Tun größer als beim Unterlassen.⁶⁵⁾ Es ist ein Unterschied, ob beispielsweise ein Bademeister einen Badegast ertrinken läßt, indem er ihn nicht aus dem Wasser holt, oder ob

⁶⁴⁾ Von dem Fall des beredeten Schweigens einmal abgesehen. Hier besteht die Handlung — genauso wie beim Unterlassen — in einem Untätigbleiben.

⁶⁵⁾ Jedenfalls trifft dies für die vorsätzliche Begehung zu. Im Falle fahrlässiger Tatausführung, insbesondere bei unbewußter Fahrlässigkeit, erscheint dies Ergebnis fraglich. Da jedoch an dieser Stelle nur das Zusammentreffen von vorsätzlichem positiven Tun und vorsätzlichem Unterlassen untersucht wird, braucht diese Frage hier noch nicht beantwortet zu werden, sondern kann den Ausführungen im folgenden Abschnitt (Zusammentreffen von fahrlässigem Tun und fahrlässigem Unterlassen) vorbehalten bleiben.

er ihn dadurch tötet, daß er ihn hineinstößt. Die innere Überwindung ist nicht dieselbe. So erklärt es sich auch, daß bei einer Unterlassungstat die Strafe meist niedriger ausfällt als bei einer Begehungstat.⁶⁶⁾

Aus diesem Gesichtspunkt läßt sich beim Zusammentreffen von vorsätzlichem positiven Tun und vorsätzlichem Unterlassen die Lösung gewinnen: Das Unterlassen tritt hinter dem positiven Tun zurück. In dem oben genannten Beispiel ist A also wegen vorsätzlichen positiven Tuns zu bestrafen.⁶⁷⁾

4. Fallgruppe:

Das positive Tun und das Unterlassen sind fahrlässig.

Die Kombination von fahrlässigem positiven Tun und fahrlässigem Unterlassen stellt die schwierigste aller Fallgruppen dar. Sie umfaßt die Fälle, die in erster Linie Anlaß waren, das Problem der Unterscheidung von Tun und Unterlassen in der Literatur zu erörtern.⁶⁸⁾

Zur Veranschaulichung der Probleme sollen zwei Beispiele gebracht werden, die Gegenstand reichsgerichtlicher Entscheidungen waren. Beim ersten Beispiel handelt es sich um den bereits mehrfach genannten Fall des Radfahrers, der ohne Licht fährt und dadurch einen Unfall verursacht.⁶⁹⁾ Beim zweiten Beispiel handelt es sich um den bekannten sog. Ziegenhaarfall.⁷⁰⁾

Hier hatte ein Pinselfabrikant seinen Arbeitern chinesische Ziegenhaare zur Verarbeitung übergeben, wobei er es unterlassen hatte, die Haare vorher zu desinfizieren. Einige der Arbeiter infizierten sich mit Milzbrand und starben.⁷¹⁾

⁶⁶⁾ Auf den Gesichtspunkt des geringeren Gewichts der Unterlassungstat wird in der Literatur vielfach hingewiesen. Meist wird jedoch nur der Schluß daraus gezogen, daß die Unterlassungstat milder zu bestrafen sei als die entsprechende Begehungstat. Ein geringeres Gewicht der Unterlassungstat nehmen an: Böhm, JuS 1961, 181; Dahm, ZStW 57, 254; Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, S. 38; Drost, GS 109, 58 ff.; Grünwald, GA 1959, 110 ff. (112 f.), ZStW 70, 412 ff. (423); Höpfner, ZStW 36, 131; Armin Kaufmann, S. 301; Kern, ZStW 64, 279 ff.; Kissin, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten, S. 94; Mezger, Lehrbuch S. 148 f.; Nagler, GS 111, 120 f.; Roeder, DStR 1941, S. 153; Sauer, Grundlagen des Strafrechts, S. 457 f.; Traeger, Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, S. 113; Welzel, S. 194. Anderer Ansicht sind: Baumann, S. 195; Eberhard Schmidt, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Band, Allg. Teil, S. 281. Auch im Entwurf 1960 ist eine Strafmilderung für die Unterlassungstat nicht vorgesehen (§ 13). In der amtlichen Begründung dazu heißt es, daß zwar grundsätzlich der „Unrechtsgehalt“ der vorsätzlichen Unterlassungstat geringer sei als bei der entsprechenden Begehungstat, daß dies aber bei der richterlichen Strafzumessung berücksichtigt werden könne (S. 116, 119).

⁶⁷⁾ Zu diesem Ergebnis gelangt man meist sogar unbewußt. Der Täter, der eine positive Tätigkeit zwecks Herbeiführung eines Erfolges entfaltet, unterläßt es nämlich anschließend, den Erfolg abzuwenden, obwohl er aus vorangegangenen Tun hierzu verpflichtet wäre. In diesen Fällen wird durchweg wegen des positiven Tuns bestraft. Das nachfolgende Unterlassen wird meist gar nicht wahrgenommen.

⁶⁸⁾ Dabei handelt es sich vor allem um folgende höchstrichterliche Entscheidungen: RGSt. 15, 151 (Apothekerfall); RGSt. 63, 211 (Ziegenhaarfall); RGSt. 63, 392 (Radfahrerfall); RG I D 555/26, mitgeteilt bei Exner, Frankfestgabe I, S. 583 (Kokainfall); BGHSt. 11, 1 (Lastzugfall).

⁶⁹⁾ RGSt. 63, 392.

⁷⁰⁾ RGSt. 63, 211.

⁷¹⁾ Dabei konnte die Kausalität des Unterlassens nicht mit Sicherheit festgestellt werden. Auch bei einer Desinfektion der Ziegenhaare hätten sich möglicherweise einige Arbeiter infiziert.

Obwohl beide Fälle in der Literatur häufig erörtert worden sind⁷²⁾, ist bisher eine befriedigende und überzeugend begründete Lösung noch nicht gebracht worden. Nicht einmal über das Ergebnis besteht Einigkeit. Vielmehr ist die Anzahl der Autoren, die ein Unterlassen annehmen, und die Zahl derer, die ein positives Tun bejahen, ungefähr gleich hoch.⁷³⁾ In der Tat läßt sich auch kaum eine begründete Aussage darüber machen, worin im Radfahrer- oder im Ziegenhaarfall die „soziale Sinnbedeutung“ des Verhaltens liegt oder wogegen sich der „rechtliche Vorwurf“ richtet.

Fragt man nach den Ursachen für diese Schwierigkeiten, so kommt man zu dem Ergebnis, daß hier zu trennen versucht wurde, was untrennbar ist. Eine Trennung von fahrlässigem Tun und fahrlässigem Unterlassen ist nämlich nicht möglich.⁷⁴⁾ Beide bilden eine unlösbare Einheit. Der Grund hierfür liegt darin, daß sich die verschieden starke Willensintensität beim Tun und beim Unterlassen (die bei vorsätzlichem Verhalten eine Trennung ermöglichte) nur bei vorsätzlichem Handeln bemerkbar macht. Denn während man bei vorsätzlichem Handeln sagen kann, daß die innere Überwindung des Täters beim positiven Tun größer ist, kann man bei fahrlässigem Handeln diese Feststellung nicht treffen. Hier hat nämlich der Täter den Erfolg nicht gewollt, eine innere Überwindung war folglich nicht erforderlich. Im Fall der unbewußten Fahrlässigkeit hat er an den Erfolg nicht einmal gedacht. Wenn der Pinselfabrikant die Haare nicht desinfiziert, so liegt hierin der gleiche Mangel an Sorgfalt, als wenn er sie in den Arbeitsgang gibt. Positives Tun und Unterlassen haben also bei fahrlässigem Handeln kein unterschiedliches Gewicht. Die Fahrlässigkeit bezieht sich sowohl auf das Tun wie auf das Unterlassen. Sie erweist sich als die Klammer, die Tun und Unterlassen zusammenhält. Das zeigt sich deutlich am Fall des Radfahrers: Will man ihm vorwerfen, daß er gefahren sei (positives Tun), so muß man hinzusetzen „ohne Licht“. Ohne diesen Zusatz wäre sein Verhalten rechtmäßig, denn Radfahren ist erlaubt.⁷⁵⁾ Will man ihm aber vorwerfen, daß er es unterlassen habe, die Lampe einzuschalten, so läßt sich ohne den Zusatz, er sei dabei gefahren, die Rechtswidrigkeit wiederum nicht nachweisen. Denn solange ein Radfahrer nicht fährt, braucht er auch seine Lampe nicht einzuschalten. Eine Trennung ist also nicht möglich. Liegt sowohl beim Begehungs- wie beim Unterlassensanteil Fahrlässigkeit vor, so ist das Verhalten des Täters als einheitliche Handlung zu betrachten.

72) Vgl. Baumann, S. 195; Alexander Böhm, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 22 f.; Exner, Frankfestgabe I, S. 585 ff.; Maurach, Allg. Teil, S. 458; Mezger StB I, S. 76; Schönke-Schröder, Vorbem. V 3 vor § 1; Spengel, Die Kausalitätsformel, S. 57 f., Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 183 ff.

73) Im Radfahrerfall wird ein Unterlassen angenommen vom Reichsgericht (aaO.) sowie von Baumann, S. 195 und Mezger, StB. I, S. 76. Dagegen nehmen ein positives Tun an: Exner, Frankfestgabe I, S. 586; Maurach, Allg. Teil, S. 458 und Spengel, Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 190. Der BGH hat in einem völlig parallel liegenden Fall BGHSt 6, 229 (231), hier war ein Kraftfahrer zwar nicht ohne Beleuchtung, aber mit beschädigten Bremsen gefahren) positives Tun angenommen.

Im Ziegenhaarfall bejahen ein Unterlassen: Das Reichsgericht (aaO., insbes. S. 213 f.); der BGH, vgl. BGHSt 2, 24 (Der BGH nimmt hier auf die Entscheidung des RG Bezug und spricht aus, daß es sich um eine Unterlassung handele); Baumann, S. 195; Mezger, StB I, S. 76; Eberhard Schmidt (Nachweis bei Spengel, Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 189, Anm. 26). Ein positives Tun nehmen

Zweiter Teil: Die Anstiftung durch Unterlassen

A. Tatbestandsmäßigkeit

Nachdem die erforderlichen Vorfragen geklärt sind, kann nunmehr auf das eigentliche Thema der Arbeit eingegangen werden, nämlich auf die Frage, ob es eine Anstiftung durch Unterlassen gibt. Dabei soll zunächst nur die Tatbestandsmäßigkeit untersucht werden, also die Frage, ob die Hervorrufung eines Tatentschlusses und die Verursachung des Erfolges einer Haupttat durch ein Unterlassen möglich sind. Alle Fragen, die die Rechtswidrigkeit oder die Schuld betreffen, sind in diesem Abschnitt entbehrlich.

I. Der Stand der Meinungen in der Literatur

1. Überblick

Das hier interessierende Problem ist im Schrifttum — von einer Ausnahme abgesehen⁷⁶⁾ — noch nicht Gegenstand ausführlicher Erörterungen gewesen. In der Rechtsprechung ist es noch gar nicht aufgetaucht. Das mag einmal daran liegen, daß Fälle der Anstiftung durch Unterlassen selten sind, zum anderen beruht es wohl auch darauf, daß sich bezüglich der Abgrenzung der Anstiftung durch Unterlassen von der Täterschaft durch Unterlassen und der Beihilfe durch Unterlassen eine feste Meinung noch nicht gebildet hat. Manche Fälle der Anstiftung durch Unterlassen mögen daher als Täterschaft oder Beihilfe durch Unterlassen aufgefaßt worden sein.⁷⁷⁾ Soweit die Anstiftung durch Unterlassen behandelt wird, findet sich eine eingehende Begründung der dort vertretenen Auffassungen meist nicht.

2. Die Literatur im einzelnen

a. Die ablehnenden Auffassungen

Bei der Erörterung des Schrifttums im einzelnen soll zunächst auf diejenigen Autoren eingegangen werden, die eine Anstiftung durch Unterlassen nicht für möglich halten.

an: Alexander Böhm, aaO., S. 22 f.; Maurach, Allg. Teil, S. 458; Schönke-Schröder, Vorbem. V 3 vor § 1; Spindel, Die Kausalitätsformel, S. 57 f.

⁷⁴⁾ Dieser Gedanke wird angedeutet in BGHSt. 8, 8 (11 f.)

⁷⁵⁾ Freilich könnte man hier einwenden, die Rechtswidrigkeit werde durch den tatbestandsmäßig eingetretenen Erfolg indiziert. Aber abgesehen davon, daß die Lehre von der Indikation der Rechtswidrigkeit äußerst umstritten ist, würde auch in diesem Fall zugleich mit dem positiven Tun das Unterlassen berücksichtigt. Denn ohne das Unterlassen — das Nichteinschalten des Lichts — wäre der Erfolg gar nicht eingetreten.

⁷⁶⁾ Hierbei handelt es sich um eine Abhandlung Karl v. Zahns in GS 69, 1 ff., in der der Anstiftung durch Unterlassen ein besonderes Kapitel gewidmet ist.

⁷⁷⁾ Vgl. dazu Armin Kaufmann, S. 292.

Diese Auffassung wird zunächst von Gallas vertreten.⁷⁸⁾ Er ist der Ansicht, daß der „besondere Unwert der Anstiftung“ im Bereiche des Unterlassens nicht in Erscheinung treten könne, da es keinen Unterschied mache, ob der „Garant“ schon den Tatentschluß oder erst die Ausführung der Haupttat nicht verhindere.⁷⁹⁾ Somit bleibe für die Teilnahme durch Unterlassen nur Beihilfe übrig.

Den Ausführungen von Gallas muß widersprochen werden. Es bleibt bereits unklar, was Gallas unter dem „besonderen Unwert der Anstiftung“ versteht. Vor allem aber ist mit der Behauptung, es mache keinen Unterschied, ob jemand bereits den Tatentschluß oder erst die Ausführung der Haupttat nicht verhindere, für die Existenz der Anstiftung durch Unterlassen nichts bewiesen. Lediglich für die Existenz der Haupttat spielt es keine Rolle, ob jemand bereits den Tatentschluß oder erst die Ausführung der Haupttat selbst nicht verhindert. Für sie kommt es nur darauf an, daß der Erfolg überhaupt herbeigeführt wird, und es ist gleichgültig, auf welchem Wege dies geschieht. Dagegen ist es für die Frage, ob eine Anstiftung vorliegt, von entscheidender Bedeutung, ob jemand den Erfolg einer Haupttat dadurch verursacht, daß er die Tat selbst ausführt, oder dadurch, daß er einen anderen veranlaßt, die Tat zu begehen. Denn nur, wenn jemand bei einem anderen einen Tatentschluß verursacht hat, kann er als Anstifter angesehen werden. Im übrigen besteht in diesem Punkte nicht einmal ein Unterschied zwischen positivem Tun und Unterlassen. Denn auch beim positiven Tun spielt es für die Existenz der Haupttat keine Rolle, ob jemand die Haupttat selbst ausführt oder ob er einen anderen veranlaßt, dies zu tun. In beiden Fällen tritt der Erfolg gleichermaßen ein. Daß hieraus nicht das Argument gezogen werden kann, es gäbe keine Anstiftung, liegt auf der Hand.

Eine weitere Stellungnahme zur Anstiftung durch Unterlassen findet sich bei Baumann.⁸⁰⁾ Baumann verneint zwar nicht ausdrücklich, daß jemand durch Unterlassen angestiftet werden könne, führt aber dagegen an, daß ein Tatentschluß beim Angestifteten durch reines Nichthandeln nicht hervorgerufen, sondern allenfalls in seiner Entstehung gehindert werden könne. Diese Auffassung ist nicht zutreffend. Bei der Darlegung der eigenen Ansicht wird gezeigt werden, daß ein Tatentschluß sehr wohl durch reine Untätigkeit erzeugt werden kann.

Auch Schönke-Schröder⁸¹⁾ halten eine Anstiftung durch Unterlassen nicht für möglich, geben aber keine besondere Begründung für ihre Ansicht.

Einer eingehenderen Stellungnahme bedarf die Auffassung von Hellmuth Mayer. Auch Hellmuth Mayer steht auf dem Standpunkt, daß eine Anstiftung nicht durch Unterlassen erfolgen könne.⁸²⁾ Zur Begründung führt er an, daß Anstiftung geistige Beeinflussung sei, welche vom Täter verstanden werden müsse.⁸³⁾ Hellmuth Mayer fordert also, daß der Ange-

⁷⁸⁾ Gallas, JZ 1960, S. 687, Anm. 64.

⁷⁹⁾ Gallas, aaO.

⁸⁰⁾ Baumann, S. 462.

⁸¹⁾ Schönke-Schröder, § 48, Anm. II 2.

⁸²⁾ H. Mayer, S. 321.

⁸³⁾ H. Mayer, aaO.

stiftete merken müsse, daß er angestiftet wird.⁸⁴⁾ Diese Voraussetzung ist nicht richtig. Der Angestiftete braucht keineswegs zu bemerken, daß er angestiftet wird.⁸⁵⁾ Zwar wird in der Mehrzahl aller Fälle der Angestiftete den Anstiftungsvorgang bewußt wahrnehmen. Diese Wahrnehmung ist aber für die Anstiftung begrifflich nicht erforderlich. Der Vorsatz des Täters braucht sich nur auf die Ausführung der Haupttat zu beziehen; die Vorgänge, die ihn zur Ausführung der Haupttat veranlaßt haben, brauchen ihm dagegen nicht zum Bewußtsein gekommen zu sein. Das zeigt sich besonders deutlich in den Fällen des agent provocateur. Wenn zum Beispiel der Untermieter Geld offen liegen läßt, um seine Wirtin zu überraschen, wie sie es an sich nimmt, so bemerkt die Wirtin die Anstiftungshandlung nicht.⁸⁶⁾ Desgleichen wird in den Fällen der fahrlässigen Teilnahme, die zwar nicht strafbar, wohl aber konstruktiv denkbar ist, der Angestiftete die Anstiftung in der Regel nicht bemerken. Aber selbst wenn man mit Hellmuth Mayer verlangen wollte, daß der Angestiftete die Anstiftung bemerkt, so läßt sich daraus noch nicht — wie Hellmut Mayer dies tut — die Folgerung ziehen, eine Anstiftung durch Unterlassen sei ausgeschlossen. Daß man einen anderen durch Unterlassen anstiften kann und der Angestiftete dies bemerkt, wird bei der Darlegung der eigenen Auffassung noch nachgewiesen werden.⁸⁷⁾

Schließlich hat sich auf dem Boden der finalen Handlungslehre eine neuere Lehrmeinung entwickelt, die die Existenz der gesamten Teilnahme durch Unterlassen und damit notwendig auch die Möglichkeit einer Anstiftung durch Unterlassen bestreitet. Diese Auffassung wird von Armin Kaufmann⁸⁸⁾, Welzel⁸⁹⁾ und Grünwald⁹⁰⁾ vertreten. Sie beruht darauf, daß ihre Vertreter einen von der herrschenden Meinung abweichenden Standpunkt zur Rechtsnatur des Unterlassungsdelikts einnehmen. Sie bestreiten nämlich die Kausalität des Unterlassens.⁹¹⁾ Demzufolge stellen sie das unechte Unterlassungsdelikt nicht rechtlich dem Begehungsdelikt gleich, sondern sehen im Unterlassen einen Deliktstatbestand eigener Art⁹²⁾, auf den die beim positiven Tun übliche Unterscheidung von Täterschaft und Teil-

⁸⁴⁾ Auch Welzel (S. 102) verlangt eine „geistige (gedankliche) Beeinflussung“ des Angestifteten. Ob er damit auch zum Ausdruck bringen will, daß der Angestiftete die Anstiftung bemerken müsse, läßt sich nach seinen Ausführungen nicht beantworten.

⁸⁵⁾ Diese Frage wird im Schrifttum kaum erörtert. Eine Stellungnahme findet sich — abgesehen von Hellmuth Mayer — nur bei Schönke-Schröder (§ 48, Anm. II 3), die die Auffassung vertreten, der Angestiftete brauche die Anstiftung nicht zu bemerken.

⁸⁶⁾ Daß der agent provocateur nach fast einhelliger Meinung straflos ist, ändert nichts daran, daß es sich tatbestandsmäßig um einen Fall der Anstiftung handelt. Im übrigen wird von H. Mayer die Strafbarkeit des agent provocateur bejaht (H. Mayer, S. 336).

⁸⁷⁾ Vgl. unten S. 42.

⁸⁸⁾ Armin Kaufmann, S. 291 ff. und S. 302. Im übrigen nennt Kaufmann den Fall des „Unterlassens des A b stiftens vom verbotenen Handeln“ (S. 192). Hierunter versteht er aber keine Anstiftung durch Unterlassen, sondern den Fall, daß jemand den bereits gefaßten Tatentschluß eines anderen nicht rückgängig macht.

⁸⁹⁾ Welzel, S. 194.

⁹⁰⁾ Grünwald, GA 59, 110 ff. (111 f.). Grünwald spricht ausdrücklich aus, daß es eine Anstiftung durch Unterlassen nicht geben könne, aaO., S. 122.

⁹¹⁾ So ausdrücklich Welzel, S. 178 und Armin Kaufmann, S. 57 ff., der von „potentieller Kausalität beim Unterlassen“ spricht. Gegen ihn Baumann, S. 196.

⁹²⁾ Armin Kaufmann, S. 272 ff.; Welzel, S. 186; Grünwald, ZStW 70, 412 ff. (416).

nahme nicht übertragbar sei.⁹³⁾ Dieser Auffassung von der Rechtsnatur des Unterlassungsdelikts kann nicht zugestimmt werden. Eine eingehende Auseinandersetzung mit dieser These ist hier freilich nicht möglich. Es wäre dazu erforderlich, die gesamten Grundlagen des Unterlassungsdelikts einer ausführlichen Untersuchung zu unterziehen, die über das Thema der vorliegenden Arbeit weit hinausgreifen würde. Vielmehr soll von dem Standpunkt der fast einhelligen Meinung ausgegangen werden, daß das Unterlassen dem positiven Tun rechtlich gleichzusetzen ist.⁹⁴⁾ Nur soviel sei gesagt, daß sich — entgegen der oben dargestellten Auffassung — das unechte Unterlassen sehr wohl dem positiven Tun gleichstellen läßt. Bei der unechten Unterlassung liegen alle Deliktsvoraussetzungen vor. Daß diese Deliktsvoraussetzungen zum Teil in einer der Sondernatur der Unterlassung entsprechenden Abwandlung auftreten, ändert daran nichts. Die Varianten sind nur Umformulierungen jener Definitionen, die zunächst für das positive Tun entwickelt worden sind.

b. Die zustimmenden Auffassungen

Die überwiegende Anzahl der Autoren, die sich zum Problem der Anstiftung durch Unterlassen äußern, hält eine Anstiftung durch Unterlassen für möglich.

Zu den Vertretern dieser Auffassung zählen zunächst v. Hippel⁹⁵⁾, Max Ernst Mayer⁹⁶⁾, Maurach⁹⁷⁾ und Mezger⁹⁸⁾. Eine besondere Begründung findet sich bei diesen Autoren nicht. Nicht eindeutig ist die Stellungnahme Franks.⁹⁹⁾

Mit eingehenderer Begründung haben Paul Merkel¹⁰⁰⁾ und insbesondere Karl von Zahn¹⁰¹⁾ die Möglichkeit einer Anstiftung durch Unterlassen bejaht. Dabei ist es das Verdienst Karl von Zahns, als erster das Problem der Anstiftung durch Unterlassen gesehen zu haben.

v. Zahn untersucht zunächst die Frage, ob jemand einen anderen durch Unterlassen „motivieren“ könne.¹⁰²⁾ Dabei kommt er zu dem Ergebnis, daß eine „Motivation“, d.h. die Erzeugung eines Entschlusses, sehr

⁹³⁾ Armin Kaufmann, S. 302; Welzel, S. 194; Grünwald, GA 59, 110 ff. (111 f.). Grünwald spricht von einer „Beteiligung durch Unterlassen“, die er als tertium neben Täterschaft und Teilnahme auffaßt.

⁹⁴⁾ Die hier abgelehnte Auffassung wird auch — abgesehen von den oben genannten Autoren — weiter nicht vertreten. Gegen sie ausdrücklich Böhm, JUS 1961, 177 ff.

⁹⁵⁾ v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Band II, S. 467. v. Hippel spricht allerdings nur aus, daß Teilnahme durch Unterlassen möglich sei. Das schließt aber die Anstiftung ein.

⁹⁶⁾ M. E. Mayer, S. 392, Anm. 1.

⁹⁷⁾ Maurach, *Allg. Teil*, S. 537. Maurach nennt als Beispiel den § 357 StGB. Hierbei handelt es sich aber nicht um ein typisches Beispiel für Anstiftung durch Unterlassen. Zwar kann im Fall des § 357 StGB auch eine Anstiftung durch Unterlassen vorkommen. Dadurch unterscheidet sich diese Vorschrift aber nicht von anderen Fällen der Anstiftung.

⁹⁸⁾ Mezger, *LK*, § 48, Anm. 2 e.

⁹⁹⁾ Frank, § 48 Anm. II 1. Frank verweist auf die Abhandlung Karl von Zahns, der die Möglichkeit einer Anstiftung durch Unterlassen bejaht. Daß Frank ohne ein Wort der Kritik auf von Zahn verweist, spricht wohl dafür, daß auch er eine Anstiftung durch Unterlassen für möglich hält. Auch Paul Merkel (*Frankfestgabe* Band II, S. 149, Anm. 2) legt die Ausführungen Franks in diesem Sinne aus.

¹⁰⁰⁾ Paul Merkel, *Frankfestgabe* Band II, S. 149.

¹⁰¹⁾ Karl von Zahn, *GS* 69, 30 ff. und 50 ff.

¹⁰²⁾ v. Zahn, *aaO.*, S. 32. Freilich ist diese Ausdrucksweise terminologisch mißverständlich. Wenn v. Zahn den Ausdruck „motivieren“ verwendet, könnte man meinen, daß das Verhalten des Unterlassenden das Motiv für die Bildung des

wohl durch Unterlassen erfolgen kann. Als Beispiel hierfür nennt er den Fall, daß in einem Zivilprozeß der Anwalt der einen Partei es unterläßt, einen Zeugen zu benennen, dessen Anhörung im Interesse beider Parteien liegt. Dadurch wird der Anwalt der Gegenpartei veranlaßt, seinerseits den Zeugen zu benennen.¹⁰³⁾ Insoweit sind die Darlegungen v. Zahns einleuchtend und, wie sich erweisen wird, auch richtig.

Weiterhin stellt aber v. Zahn das Postulat auf, der Angestiftete müsse das Tätigwerden des Unterlassenden erwarten können und — wenigstens „latent“ — erwarten, sonst könne das Unterlassen „für den Bestimmten keine motivierende Kraft haben“.¹⁰⁴⁾ Konsequent führt er an anderer Stelle aus, daß der Angestiftete das Unterlassen des Anstifters wahrnehmen müsse.¹⁰⁵⁾ Diese Annahme ist nicht zutreffend. Sie wäre freilich gerechtfertigt, wenn man für jeden Fall der Anstiftung fordern wollte, daß der Angestiftete die Anstiftung bemerkt. Daß indessen ein solches Erfordernis nicht besteht, wurde bei der Kritik der Auffassung H. Mayers dargelegt.¹⁰⁶⁾ Vielmehr kann ein Unterlassen bei einem anderen auch dann einen Entschluß erzeugen, wenn der andere ein Tätigwerden des Unterlassenden nicht erwartet hat und das Unterlassen nicht einmal bemerkt. Das wird bei der Darlegung der eigenen Auffassung nachgewiesen werden.

Auch die Beispiele, die v. Zahn anführt, um die Möglichkeit einer Anstiftung durch Unterlassen nachzuweisen, sind zum Teil für diesen Zweck ungeeignet. So nennt er folgenden (recht lebensfremden) Fall¹⁰⁷⁾:

Einem Ehemann gebiert seine Ehefrau eine kaum mehr als Mensch zu bezeichnende, aber lebende Mißgeburt. Der Ehemann fragt seinen Rechtsanwalt, ob er das Monstrum töten dürfe oder nicht. Der Anwalt unterläßt es absichtlich, ihm zu sagen, daß er sich dadurch der Tötung schuldig mache. Der Ehemann tötet die Mißgeburt.

Das Verhalten des Rechtsanwaltes ist hier nicht, wie v. Zahn meint, ein Unterlassen. Vielmehr handelt es sich um einen Fall des beredten Schweigens, also des positiven Tuns. Denn aus dem Schweigen des Anwaltes muß notwendig der Rückschluß gezogen werden, die Tötung der Mißgeburt sei erlaubt. Hätte nämlich der Anwalt zum Ausdruck bringen wollen, daß die Tötung verboten sei, so hätte er dies ohne weiteres gesagt. Sein Schwei-

Tatentschlusses werden müsse. Unter Motiv versteht man aber im Strafrecht den Beweggrund des Täters, aus dem heraus er eine Tat ausführt. Dieser Beweggrund wird meist als Absicht bezeichnet, etwa im § 242 oder § 263 StGB. Gemeint hat v. Zahn offensichtlich die Verursachung des Tatentschlusses, also die Kausalität. Diese stellt jedoch etwas anderes dar als das Motiv. Freilich wird in den meisten Fällen das Motiv nicht hinweggedacht werden können, ohne daß der Täter die Tat nicht ausgeführt hätte. Das Motiv kann also in diesem Sinne eine der Ursachen sein. Dennoch ist der Begriff „Motiv“ nicht identisch mit dem Begriff „Verursachung“. Denn die Zahl der Ursachen für eine Tat ist unendlich groß, dagegen hat der Täter in der Regel nur ein Motiv, in seltenen Fällen mehrere, nämlich in den Fällen der sogenannten komplexen Absicht. Soweit v. Zahn untersuchen will, ob durch ein Unterlassen ein Entschluß bei einem anderen verursacht werden kann, ist seine Untersuchung richtig und notwendig.

103) v. Zahn, aaO., S. 32.

104) v. Zahn, aaO., S. 50.

105) v. Zahn, aaO., S. 32.

106) Vgl. oben S. 30.

107) v. Zahn, aaO., S. 33 f.

gen kann daher nur in dem oben genannten Sinne verstanden werden. Es handelt sich somit nicht um eine Anstiftung durch Unterlassen, sondern um eine Anstiftung durch positives Tun.

Auch den Ausführungen Paul Merkels — der ebenfalls eine Anstiftung durch Unterlassen für möglich hält — muß in einigen Punkten widersprochen werden. Merkel ist der Auffassung, bei der Anstiftung durch Unterlassen müsse eine „psychische Beziehung“ zwischen Täter und Teilnehmer bestehen.¹⁰⁹⁾ Was Merkel unter dieser Voraussetzung versteht, ist nicht klar ersichtlich. Wenn Merkel damit zum Ausdruck bringen will, daß der Angestiftete die Anstiftung bemerken, also eine Art geistiges Band zwischen Anstifter und Angestiftetem bestehen müsse¹⁰⁹⁾, so ist diese Voraussetzung nicht richtig.¹¹⁰⁾ Meint Merkel dagegen, daß der Anstifter auf psychischem Wege den Tatentschluß verursachen müsse, so ist diese Annahme zutreffend. Allerdings handelt es sich dabei nicht um ein Charakteristikum der Anstiftung durch Unterlassen. Vielmehr wird in jedem Falle der Anstiftung der Tatentschluß auf psychischem Wege verursacht.

Als Beispiel für eine Anstiftung durch Unterlassen nennt Merkel den Fall, daß eine Stationsschwester dem Arzt mitteilt, sie wolle die Qualen des Patienten durch Morphium abkürzen, wisse aber nicht, ob nicht der Patient vielleicht doch noch heilbar sei. Der Arzt verläßt schweigend das Zimmer, obwohl er glaubt, daß der Patient noch zu retten ist. Dadurch läßt sich die Schwester, wie der Arzt erwartet, bestimmen, ihre Tat auszuführen.¹¹¹⁾ Auch dieses Beispiel eignet sich nicht, um die Möglichkeit einer Anstiftung durch Unterlassen nachzuweisen. Nach den eingangs gewonnenen Grundsätzen über die Abgrenzung von beredtem Schweigen und Unterlassen stellt sich nämlich das Verhalten des Arztes als beredtes Schweigen dar. Das Schweigen des Arztes läßt hier nur einen Rückschluß zu, nämlich den, daß der Patient nicht mehr zu retten sei. Soll nämlich in einer derartigen Situation zum Ausdruck gebracht werden, daß noch Hoffnung für das Leben des Patienten bestehe, so wird kein Arzt schweigend das Zimmer verlassen; vielmehr wird er — und zwar nachdrücklich — auf die Heilungsmöglichkeit hinweisen. Es handelt sich hier um einen ähnlichen Fall wie bei dem auf S. 13 f. dargestellten Beispiel. In dem von Merkel mitgeteilten Fall liegt also Anstiftung durch Unterlassen nicht vor.

II. Die eigene Auffassung

1. Die Existenz der Anstiftung durch Unterlassen

Für die Beantwortung der Frage, ob Anstiftung durch Unterlassen denkbar ist, ergibt sich ein Hinweis bereits aus der grundsätzlichen Gleichstellung von positivem Tun und Unterlassen. Können die Deliktstatbestände des Strafgesetzbuches grundsätzlich¹¹²⁾ auch durch ein Unterlas-

¹⁰⁹⁾ Paul Merkel, aaO., S. 149.

¹⁰⁹⁾ Für diese Auslegung spricht, daß man unter einer „Beziehung“ im allgemeinen ein gegenseitiges Verhältnis versteht.

¹¹⁰⁾ Vgl. hierzu die Ausführung oben auf S. 30. Es gilt das dort Gesagte.

¹¹¹⁾ Merkel, aaO., S. 149.

¹¹²⁾ Bestritten wird das für die sog. eigenhändigen Delikte. Da es sich bei der Anstiftung keinesfalls um ein solches handelt und dies im Schrifttum auch nicht behauptet wird, braucht auf diese Frage nicht eingegangen zu werden.

sen erfüllt werden und stellt das Unterlassen nur die Kehrseite des positiven Tuns dar, so bestehen keine rechtlichen Bedenken, die für das Gebiet des positiven Tuns bekannten Rechtsfiguren wie die gesetzliche Teilnahmeregelung auf das Unterlassen zu übertragen. Für das Gebiet der Beihilfe ist das auch so gut wie unbestritten.¹¹³⁾ Bei der Anstiftung könnten daher höchstens tatsächliche Schwierigkeiten der Annahme einer Anstiftung durch Unterlassen entgegenstehen. Es ist daher zu untersuchen, ob die besonderen Voraussetzungen der Anstiftung durch ein Unterlassen erfüllt werden können.

Tatbestandsmäßig ist die Anstiftung dadurch gekennzeichnet, daß sie zwei hintereinandergeschaltete Erfolge aufweist: Einmal die Hervorrufung des Tatentschlusses beim Angestifteten und zum anderen die Ausführung der Haupttat. Beide Erfolge müssen kausal auf dem Verhalten des Anstifters beruhen. Dabei braucht zwischen dem Anstifter und dem Angestifteten kein geistiges Band, keine innere Übereinstimmung zu bestehen. Die reine Verursachung des Tatentschlusses und des Erfolges der Haupttat genügt. Auf welchem Wege dieses Ziel erreicht wird, ist unerheblich. Jedesmal, wenn jemand diese zwei Erfolge hervorruft, ist er Anstifter. Eine Besonderheit liegt lediglich darin, daß es sich — im Gegensatz zu der Mehrzahl der Fälle täterschaftlicher Begehung — bei der Anstiftung nicht um eine physisch vermittelte Kausalität handelt, wie das etwa bei der täterschaftlichen Begehung eines Totschlages oder einer Körperverletzung grundsätzlich der Fall ist, sondern um eine psychisch vermittelte Kausalität. Sie läuft hier durch das Medium des menschlichen Willens.

Wenn in der Literatur vielfach die Möglichkeit einer Anstiftung durch Unterlassen bestritten wird, so beruht dies unter anderem darauf, daß man die Erzeugung einer solchen psychisch vermittelten Kausalität durch ein Unterlassen nicht für möglich hält. Diese Annahme ist indessen nicht zutreffend. Daß es sehr wohl möglich ist, durch reines Unterlassen einen anderen zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, wurde bereits von v. Zahn nachgewiesen.¹¹⁴⁾ Es zeigt sich auch an folgendem Fall:

A sieht auf dem Wege ein Fünfmärkstück liegen. Er unterläßt es, es aufzuheben, um die hinter ihm gehenden B und C zu veranlassen, das Geldstück an sich zu nehmen. Diese tun das.

A hat hier durch reines Unterlassen B und C veranlaßt, eine bestimmte Handlung vorzunehmen. Es ist also möglich, durch ein Unterlassen bei einem anderen einen Tatentschluß hervorzurufen. Führt der Angestiftete die Haupttat aus, so hat der Unterlassende eine vollendete Anstiftung begangen.¹¹⁵⁾

¹¹³⁾ Anderer Meinung sind nur Welzel, Armin Kaufmann und Grünwald, die die Gleichstellung von Tun und Unterlassen bestreiten. Vgl. dazu die Ausführungen oben S. 30 f.

¹¹⁴⁾ v. Zahn, GS 69, 32. Vgl. den schon oben S. 32 angeführten Fall v. Zahns, daß im Zivilprozeß ein Anwalt die Benennung eines Zeugen unterläßt, dessen Anhörung im Interesse beider Parteien liegt. Dadurch wird der Anwalt der Gegenpartei veranlaßt, den Zeugen zu benennen.

¹¹⁵⁾ Rechtswidrigkeit und Schuld seines Verhaltens vorausgesetzt.

2. Die Fälle der Anstiftung durch Unterlassen

Im einzelnen sind drei Fallgruppen denkbar, in denen eine Anstiftung durch Unterlassen vorliegen könnte. Die Einteilung dieser Fallgruppen ergibt sich daraus, daß in dem Zeitpunkt, in dem das strafrechtlich relevante Unterlassen des Anstifters einsetzt, der Angestiftete auf dem Wege zur Tatentschlossenheit ein mehr oder minder fortgeschrittenes Stadium erreicht haben kann.

a. Die Hervorrufung der Idee der Tat

Einmal ist es denkbar, daß der Haupttäter von sich aus noch nicht an die Tat gedacht hat. Das Unterlassen des Anstifters bringt ihn überhaupt erst auf die Idee, eine derartige Tat zu begehen. In diesen Fällen können besondere Probleme nicht entstehen. Durch sein Verhalten hat der Unterlassende die Bildung des Tatentschlusses und die Ausführung der Haupttat verursacht. Es liegt also Anstiftung durch Unterlassen vor.

Einige Beispiele aus dieser Fallgruppe sollen nunmehr nachweisen, daß Anstiftung durch Unterlassen nicht nur theoretisch denkbar ist, sondern daß sich auch Fälle bilden lassen, in denen sie vorliegt.

Fall 1:

A steigt aus seinem Auto, um sich an einem Kiosk Zigaretten zu kaufen. In Gedanken läßt er den Zündschlüssel stecken. Vom Kiosk aus sieht er den B, der sich dem Auto des A nähert. A weiß, daß B, der keinen Führerschein hat, jede sich bietende Gelegenheit zu einer Schwarzfahrt benutzt und daß er beim Anblick des im Zündschloß steckenden Schlüssels losfahren wird. Da A dem B eine Bestrafung gönnt, unternimmt er nichts. Als B, der den A nicht bemerkt, die günstige Gelegenheit wahrnimmt, setzt er sich ins Auto und fährt los.

Das Verhalten des A ist ein reines Unterlassen. Es war kausal für den Tatentschluß des B und für die Ausführung der Haupttat.¹¹⁶⁾ Es handelt sich also um eine Anstiftung durch Unterlassen. Ebenso verhält es sich in folgenden Fällen:

Fall 2:

Auf dem Heimweg von seiner Praxis fällt dem Arzt A ein, daß er versehentlich seinen Giftschrank nicht abgeschlossen hat, so daß seine Sprechstundenhilfe Zutritt zu den Giften hat. Ihm ist bekannt, daß die Sprechstundenhilfe seit einiger Zeit Mittel und Wege sucht, um sich an ihrem früheren Freund, der sie verlassen hat, zu rächen. Da A Gründe hat, den Tod des Freundes zu wünschen, unterläßt er es, in die Praxis zurückzukehren. Er will auf diese Weise die Sprechstundenhilfe veranlassen, mit einem der Gifte den Freund zu töten. Tatsächlich faßt auch die Sprechstundenhilfe beim Anblick des offenen Giftschrankes den Plan, ihren ehemaligen Freund zu vergiften. Sie ergreift ein Gift und führt ihr Vorhaben aus.

Fall 3:

Einbrecher E schleicht nachts durch die Straßen in der Absicht, bei günstiger Gelegenheit einen Einbruch zu begehen. Der Fabrikwäch-

¹¹⁶⁾ Nämlich das Fahren ohne Führerschein. Verstoß gegen § 2 StVG.

ter, dem die Bewachung der Fabrik obliegt, hat sich über seinen Arbeitgeber, den Fabrikbesitzer, geärgert. Er will sich rächen und unterläßt es, das Tor zu schließen, um den E anzustiften, in die Fabrik seines Arbeitgebers einzubrechen. E faßt beim Anblick des offenen Tores den Tatentschluß und bricht ein.

In den bisher genannten Fällen wurde der Tatentschluß stets dadurch erzeugt, daß der Anstifter eine besonders günstige Gelegenheit zur Tatbegehung schuf. Eine derartige Fallgestaltung wird sich sehr häufig bei der Anstiftung durch Unterlassen finden, da auf diese Weise leicht der Tatentschluß bei einem anderen hervorgerufen werden kann.¹¹⁷⁾ Gleichwohl lassen sich auch Beispiele denken, in denen der Tatentschluß auf anderem Wege erzeugt wird. Das zeigt folgender Fall:

Vorgesetzter V möchte die Strafversetzung seines Untergebenen U erreichen. Um zu seinem Ziel zu gelangen, plant er, den U zu einer Straftat anzustiften, auf Grund deren U seinen Posten verlieren wird. Gegen U ist eine Untersuchung wegen einer Dienstaufsichtsbeschwerde im Gange. U ist deswegen sehr in Unruhe. Eines Tages erhält V die Akten zurück mit dem Vermerk, U sei unschuldig und er solle dieses Ergebnis dem U mitteilen. V unterläßt dies, um den U dadurch zu veranlassen, sich heimlich Gewißheit über den Stand des Verfahrens zu verschaffen. Um der Ungewißheit ein Ende zu bereiten, bricht U eines Tages den Schreibtisch des A, der den Fall untersucht hat, auf. Das hatte V beabsichtigt.¹¹⁸⁾

Auch hier liegt eine Anstiftung durch Unterlassen vor, jedoch ohne daß der Anstifter eine besonders günstige Gelegenheit für die Tatbegehung schafft.

b. Die Nichthinderung der Entschlußfassung

Zweitens ist zu untersuchen, ob Anstiftung durch Unterlassen auch dann vorliegt, wenn der Haupttäter zwar bereits an die Ausführung der Haupttat gedacht hat, aber noch nicht fest entschlossen ist, sie zu begehen, und das Verhalten des Unterlassenden darin besteht, daß er den Haupttäter nicht daran hindert, den Tatentschluß zu fassen. Zur Bildung dieser Fallgruppe gibt eine Differenzierung Anlaß, die verschiedentlich im Schrifttum gemacht wird. Man unterscheidet dort nämlich zwischen der „Hervorrufung des Tatentschlusses“ und der „Nichthinderung der Entschlußfassung“. Die Nichthinderung der Entschlußfassung soll Anstiftung durch Unterlassen nicht darstellen.¹¹⁹⁾ Diese Auffassung ist nicht zutreffend. Entscheidend für die Frage, ob Anstiftung vorliegt, ist nur¹²⁰⁾, ob

¹¹⁷⁾ Durch die genannten Beispiele wird die Auffassung H. Mayers widerlegt, der behauptet, es reiche nicht zur Anstiftung aus, wenn man einem anderen eine verführerische Gelegenheit zur Tat gebe.

¹¹⁸⁾ Daß hier die Bestrafung des V nach § 357 StGB erfolgen würde, ändert nichts daran, daß es sich konstruktiv um einen Fall der Anstiftung durch Unterlassen handelt.

¹¹⁹⁾ So führt Baumann, S. 462, aus: „Gegen die Möglichkeit einer Anstiftung durch Unterlassen spricht, daß der Entschluß des Angestifteten durch reines Nicht-handeln nicht hervorgerufen, sondern allenfalls in seiner Entstehung nicht gehindert wird.“ (Sperrung vom Verfasser.) Grünwald, GA 1959, 110 ff. (122 ff.) schreibt: „Wer untätig bleibt, kann einen Tatentschluß nicht hervorrufen. Es ist möglich, daß jemand einen De-

der Tatentschluß des Haupttäters kausal auf dem Verhalten des Anstifters beruht. Das ist auch dann der Fall, wenn der Unterlassende die Entschlußfassung des Täters nicht verhindert. Diese Feststellung ergibt sich eindeutig aus der Anwendung der für das Unterlassen geltenden Kausalitätsformel: Ein unterlassenes Tun des Anstifters (die Verhinderung der Entschlußfassung) kann nicht hinzugedacht werden, ohne daß der Erfolg (der Tatentschluß) entfielen.

Im übrigen läßt sich auch an Hand der oben genannten Fälle zeigen, daß eine unterschiedliche Behandlung der ersten und der zweiten Fallgruppe nicht gerechtfertigt wäre. Der Fall des Arztes, der den Giftschränk nicht verschlossen hat, läßt sich nämlich dahin umbilden, daß zu dem Zeitpunkt, zu dem dem Arzt sein Versehen einfällt, die Sprechstundenhilfe bereits an die Tat gedacht hat und lediglich noch nicht fest entschlossen war. Allein die Tatsache, daß die Sprechstundenhilfe etwas früher als in der ersten Alternative an einen Giftmord dachte, kann eine unterschiedliche rechtliche Behandlung nicht rechtfertigen. Entscheidend ist, daß der Tatentschluß der Sprechstundenhilfe kausal auf dem Unterlassen des Arztes beruht. Auch hier handelt es sich also um einen Fall von Anstiftung durch Unterlassen.

c. Die Nichtrückgängigmachung des Tatentschlusses

Schließlich ist noch die Frage zu untersuchen, ob eine Anstiftung durch Unterlassen auch darin gesehen werden kann, daß jemand es unterläßt, einen bereits gefaßten Tatentschluß rückgängig zu machen, obwohl er dazu verpflichtet wäre.¹²¹⁾ Als Beispiel hierfür kann wieder eine Abwandlung des Falles, in dem der Arzt seinen Giftschränk offenläßt, dienen:

Der Arzt bemerkt zunächst nicht, daß der Giftschränk offen geblieben ist. Erst als er am nächsten Morgen die Praxis betritt, sieht er, daß der Schränk nicht verschlossen ist und daß ein Gift fehlt. Er unterläßt es, von der Sprechstundenhilfe das Gift zurückzuverlangen.

Hier stellt sich die Frage, ob in dem Unterlassen des Arztes eine Anstiftung erblickt werden kann, mit anderen Worten, ob die vorsätzliche Ver-

likterfolg schon dadurch verhindern kann, daß er den Täter von der Entschlußfassung abhält. (Sperrung vom Verfasser.) Unterläßt er das, so ist das ein Unterlassungsdelikt, das nicht anders zu bewerten ist als jedes andere. Armin Kaufmann, S. 292, fragt, warum von der herrschenden Lehre nicht auch Anstiftung durch Unterlassen angenommen wird. Er fährt dann fort: „Sehr oft ist der Garant verpflichtet und in der Lage, den Entschluß eines Haupttäters zu verhindern“. (Hervorhebung vom Verfasser.) Kaufmann, der selbst die Existenz einer Anstiftung durch Unterlassen bestreitet, kommt immerhin zu dem Ergebnis, daß die herrschende Meinung in diesem Fall Anstiftung durch Unterlassen annehmen müßte.

¹²⁰⁾ Natürlich muß auch die Haupttat ausgeführt werden, ferner müssen Rechtswidrigkeit und Schuld vorliegen. Darauf kommt es aber in diesem Zusammenhang nicht an.

¹²¹⁾ Dieser Fall wird von Armin Kaufmann (S. 292) und von v. Zahn (aaO., S. 34 ff.) als möglicher Fall der Anstiftung durch Unterlassen erörtert. Armin Kaufmann ist der Auffassung, daß man vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus (die Tun und Unterlassen gleichstellt) hier Anstiftung durch Unterlassen annehmen müßte. v. Zahn behandelt den Fall ausführlich, kommt aber zu dem Ergebnis, daß es sich hier um keine Anstiftung durch Unterlassen handele, sondern daß der Unterlassende straflos sei (v. Zahn aaO., S. 35).

ursachung des Tatentschlusses gleichgesetzt werden kann mit der vorsätzlichen Nichtbeseitigung eines Tatentschlusses, den der Täter kausal, aber unvorsätzlich hervorgerufen hat.

Dies ist zu verneinen. Zur Anstiftung gehören zwei Erfolge: Die Erzeugung des Tatentschlusses und die Ausführung der Haupttat. Für beide Erfolge muß das Verhalten des Anstifters kausal und vorsätzlich sein. Denn nur dann kann ein Erfolg einem Täter zugerechnet werden, wenn er ihn kausal und schuldhaft hervorgerufen hat. Wollte man im soeben genannten Fall eine Anstiftung seitens des Arztes annehmen, so würde das bedeuten, daß man die nicht vorsätzliche Verursachung eines der beiden Taterfolge zur Anstiftung ausreichen ließe und daß es genüge, wenn der Anstifter einen Teil seines Verhaltens nur hinterher billigt. Das geltende Recht fordert aber zeitliches Zusammentreffen von Verursachung und Schuld und läßt eine bloß nachfolgende Schuld (*dolus subsequens*) nicht genügen.¹²²⁾ Im Falle des Arztes ist die Erzeugung des Tatentschlusses nicht vorsätzlich, das nachfolgende Unterlassen nicht kausal für die Entstehung des Tatentschlusses. Eine Anstiftung kann daher in diesem Fall nicht vorliegen. Es handelt sich vielmehr um Täterschaft oder Beihilfe. Nach welchen Grundsätzen sich bestimmt, welche dieser Begehungsformen vorliegt, wird im letzten Teil der Arbeit erörtert werden.

B. Die Rechtswidrigkeit

Die Handlung des Anstifters muß nicht nur tatbestandsmäßig, sondern auch rechtswidrig sein. Die allgemeinen Grundsätze der Rechtswidrigkeit, insbesondere in ihrer besonderen Ausprägung beim Unterlassungsdelikt, gelten auch für die Anstiftung durch Unterlassen. Es muß hier also stets für den Anstifter eine Rechtspflicht zur Abwendung des Erfolges bestehen.¹²³⁾ Aus der Tatsache, daß die Anstiftung einen doppelten Erfolg voraussetzt, ergeben sich bei der Anstiftung durch Unterlassen im Bereich der Rechtswidrigkeit in zwei Punkten Besonderheiten, die einer näheren Untersuchung bedürfen.

I. Das Objekt der Erfolgsabwendungspflicht

Einmal erhebt sich die Frage, woraus die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung erwächst: Aus dem Anstiftungshergang oder aus der Erfolgsherbeiführung. Es ist nämlich denkbar, daß der Unterlassende nur aus

¹²²⁾ Vgl. Baumann, S. 318; Maurach, Allg. Teil, S. 209 f.; H. Mayer, S. 247; M. E. Mayer, S. 258, Anm. 4; Mezger, StB I S. 171 und LK § 59 Anm. II 21 f.; Welzel, S. 65. Ausführlich Lampe, ZStW 72, 93 ff.

¹²³⁾ Freilich besteht von diesem Grundsatz eine Ausnahme. Geht man nämlich mit der herrschenden Meinung davon aus, daß Strafgrund der Teilnahme nur die Mitverursachung des Erfolges der Haupttat ist (vgl. dazu unten S. 39 ff.), so ist die Anstiftung — den extensiven Täterbegriff einmal vorausgesetzt — nur eine Form der Täterschaft in weitestem Sinne, eine Sonderform der Begehung von Delikten. Dann nimmt die Anstiftung den Charakter des Delikts an, zu dem angestiftet wurde. Unter diesem Gesichtspunkt ist zwar bei der Anstiftung durch Unterlassen zu einem unechten Unterlassungsdelikt eine Erfolgsabwendungspflicht wie stets erforderlich, bei der Anstiftung durch Unterlassen zu einem echten Unterlassungsdelikt braucht dagegen eine besondere Rechtspflicht bezüglich der Anstiftung nicht vorzuliegen. Es genügt hier vielmehr die Rechtspflicht zum Tätigwerden, so wie sie auch für die Täterschaft des Delikts genügt, zu dem angestiftet wurde.

einem von beiden eine Erfolgsabwendungspflicht hat. Ob in diesem Falle eine rechtswidrige Anstiftung durch Unterlassen vorliegt, hängt von der Antwort auf die eingangs gestellte Frage ab.

Auf dem Gebiet der Beihilfe beschäftigte dieses Problem bereits einige höchstrichterliche Entscheidungen.¹²⁴⁾ Der diesen Entscheidungen zugrunde liegende Sachverhalt bestand darin, daß ein Ehegatte dem anderen Beihilfe durch Unterlassen zu einer von diesem begangenen Straftat geleistet hatte.¹²⁵⁾ Eine besondere Erfolgsabwendungspflicht lag dabei gegenüber dem Verletzten nicht vor. Nur gegenüber dem Ehegatten bestanden die aus der ehelichen Lebensgemeinschaft sich ergebenden Rechtspflichten. Das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof haben hier entschieden, daß aus der ehelichen Lebensgemeinschaft die Pflicht jedes Ehegatten folge, den anderen von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten.¹²⁶⁾ Ob diese Auffassung zutrifft, wird sich noch erweisen.

Ausgangspunkt der Erörterung muß die Feststellung sein, daß ganz allgemein die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung gegenüber demjenigen besteht, der Träger des geschützten Rechtsgutes ist. Daher ist zu untersuchen, welches Rechtsgut der Anstiftung zugrunde liegt. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, worin man den Strafgrund der Teilnahme sieht.

Zum Strafgrund der Teilnahme bestehen zwei Theorien.

Die Schuldteilnahmetheorie¹²⁷⁾ sieht den Strafgrund der Anstiftung darin, daß der Angestiftete in Schuld und Strafe gestürzt wird. Wollte man dieser Theorie folgen, so müßte man das Rechtsgut der Anstiftung in der Schuld- und Strafflosigkeit des Angestifteten erblicken. Für eine rechtswidrige Anstiftung durch Unterlassen wäre es dann Voraussetzung, daß die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus dem Anstiftungshergang erwächst.

Demgegenüber erblickt die weitaus herrschende Meinung den Strafgrund der Anstiftung in der Mitverursachung des Erfolges der Haupt-

¹²⁴⁾ RGSt. 74, 283; BGH NJW 1953, 591; BGHSt. 6, 322.

¹²⁵⁾ In BGH NJW 1953, 591 scheint der BGH freilich anzunehmen, daß für den unterlassenden Ehegatten keine Beihilfe, sondern eine täterschaftliche Begehung in Frage komme. Es handelte sich um den Fall, daß der Ehemann einige Frauen, die an der Ehefrau eine Abtreibung vornahmen, nicht aus dem Hause gewiesen hatte. Der BGH begründet diese Stellungnahme nur mit der Ursächlichkeit des Unterlassens für den Erfolg. Diese Begründung ist nicht ausreichend. Denn die Kausalität des Unterlassens ist kein bloß die Täterschaft kennzeichnendes Merkmal, sondern ist bei der Beihilfe in gleicher Weise erforderlich. (Das Reichsgericht hatte zwar bei der durch positives Tun geleisteten Beihilfe die Notwendigkeit der Kausalität verneint, vgl. RGSt. 58, 113; (114); 67, 90 (93); 75, 112 (113), sie dagegen bei der Beihilfe durch Unterlassen meist gefordert, vgl. RGSt. 72, 373; ebenso BGH NJW 53, 1838). Im übrigen handelt es sich bei dem Verhalten des Ehemannes um eine typische Beihilfehandlung. — Im einzelnen wird zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassen noch eingehend Stellung genommen werden.

¹²⁶⁾ In der letzten Entscheidung (BGHSt. 6, 322) ist die den früheren Urteilen zugrunde liegende Auffassung allerdings wesentlich eingeschränkt. Es heißt hier, wenn die Ehegatten tatsächlich in ehelicher Lebensgemeinschaft lebten, könne unter Umständen eine solche Rechtspflicht begründet sein. (BGH aaO., S. 324).

¹²⁷⁾ Hauptvertreter dieser Theorie ist heute Hellmuth Mayer (Lehrbuch S. 319 und Rittler-Festschrift S. 254). Ferner stehen ihr nahe: Kohlrausch in Bumke-Festschrift S. 48; Less, ZStW 69, 47; Schaffstein, ZStW 57, 323; Wegner, S. 237.

tat.¹²⁸⁾ Nach dieser Auffassung ist die Anstiftung nur eine Sonderform der Begehung des Delikts, zu dem angestiftet wurde. Das Rechtsgut ist also das gleiche wie das der Haupttat. Folglich muß bei Zugrundelegung dieser Theorie die Erfolgsabwendungspflicht aus der Erfolgsherbeiführung erwachsen.

Gegen die Schuldteilnahmetheorie spricht eine Reihe von Argumenten, die dazu zwingen, der herrschenden Meinung den Vorzug zu geben.

Zunächst kann die Schuldteilnahmetheorie nicht erklären, warum der Anstifter nur mit der Versuchsstrafe belegt wird, wenn die Ausführung der Haupttat nur bis zum strafbaren Versuch gelangt ist. Denn nach der Schuldteilnahmetheorie ist der Erfolg der Anstiftung, nämlich die Korruption der Angestifteten, voll eingetreten. Der Anstifter müßte nach der Schuldteilnahmetheorie in diesen Fällen also wegen vollendeter Anstiftung bestraft werden.

Ferner müßte nach der Schuldteilnahmetheorie der agent provocateur wegen vollendeter Anstiftung bestraft werden.¹²⁹⁾ Dieses Ergebnis steht zwar nicht im Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes, wird aber von der völlig herrschenden Meinung zurückgewiesen.¹³⁰⁾

Vor allem aber befindet sich die Schuldteilnahmetheorie im Widerspruch zu der Vorschrift des § 50 Abs. 1 StGB. Nach dieser Vorschrift wird nämlich der Anstifter unabhängig von der Schuld des Angestifteten bestraft. Bestände indessen der Vorwurf gegen den Anstifter lediglich darin, daß er den Angestifteten korrumpiert, so müßte das Maß seiner Schuld davon abhängen, in welchem Umfange er den Angestifteten in Schuld und Strafe stürzt. Mit anderen Worten: Entgegen der Vorschrift des § 50 Abs. 1 StGB müßte nach der Schuldteilnahmetheorie die Schuld des Anstifters von der Schuld des Angestifteten abhängig sein.

Aus diesen Gründen kann der Schuldteilnahmetheorie nicht gefolgt werden. Strafgrund der Anstiftung ist nicht die Korruption des Angestifteten, sondern die Mitverursachung des Erfolges der Haupttat. Daraus folgt, daß die Anstiftung nur eine Sonderform der Begehung von Delikten ist und ihr Rechtsgut dasselbe ist wie das der Haupttat. Daher braucht bei der Anstiftung durch Unterlassen keine Erfolgsabwendungspflicht aus dem Anstiftungshergang zu bestehen. Vielmehr ist eine Erfolgsabwendungspflicht aus der Erfolgsherbeiführung erforderlich und ausreichend.

Aus diesem Grunde kann auch den eingangs erwähnten höchstrichterlichen Entscheidungen nicht gefolgt werden. Die Auffassung, daß aus der ehelichen Lebensgemeinschaft die Pflicht jedes Ehegatten folge, den ande-

¹²⁸⁾ RGSt. 5, 288; 15, 315 (316); BGHSt. 4, 355 (358); Baumann, S. 455; Bockelmann, GA 1954, 197; Heinitz, Festschrift zum 41. Deutschen Juristentag, S. 93 ff. (S. 101); Kohlrach-Lange, Vorbem. II 2 vor § 47; Lange, Notwendige Teilnahme, S. 37; Maurach, Allg. Teil S. 533 f.; Mezger, StB I S. 237; Schönke-Schröder, Vorbem. IX 8 vor § 47; Welzel, S. 102.

¹²⁹⁾ H. Mayer, S. 336, nimmt demgemäß auch die Strafbarkeit des agent provocateur an.

¹³⁰⁾ Vgl. RGSt. 15, 315 (316); BGHZ. 8, 83 (85 f.); Baumann, S. 461; Dreher-Maassen, § 48 Anm. 4; Frank, § 48 Anm. III; Kohlrach-Lange, § 48 Anm. III; v. Liszt-Schmidt, S. 344; Maurach, Allg. Teil, S. 533; Mezger, LK, § 48 Anm. 2 d und StB I S. 237; Schönke-Schröder, § 48 Anm. III 3; Schwarz-Dreher, § 48 Anm. 1 C c; Welzel, S. 103. Anderer Ansicht sind: H. Mayer, S. 336 und Strathenwerth, MDR 1953, 717 ff. Den gleichen Standpunkt wie bei der Anstiftung hat das Reichsgericht für die Beihilfe angenommen, vgl. RGSt. 16, 25 (26 f.); 17, 377 (378); 56, 168 (170); 60, 23 (24); 77, 350 (354).

ren von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten, kann nur vertreten werden, wenn man auf dem Boden der Schuldteilnahmetheorie steht. Denn hier soll sich die Strafbarkeit des Ehegatten nicht daraus ergeben, daß er den Erfolg der Haupttat mit herbeigeführt hat, sondern daraus, daß er den anderen Ehegatten nicht von der Begehung einer strafbaren Handlung abgehalten hat. Es soll also eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung daraus hergeleitet werden, daß man seinen Ehegatten nicht in Schuld und Unrecht stürzen dürfe. Mit der Ablehnung der Schuldteilnahmetheorie ist dieser Auffassung der Boden entzogen. Da übrigens sowohl vom Reichsgericht¹³¹⁾ wie vom Bundesgerichtshof¹³²⁾ die Schuldteilnahmetheorie zurückgewiesen wird, sind die genannten Entscheidungen inkonsequent. Die Rechtswidrigkeit des Unterlassens kann sich in diesen Fällen nicht daraus ergeben, daß der Unterlassende seinem Ehegatten gegenüber die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung hatte, sondern nur daraus, daß eine solche Rechtspflicht gegenüber dem Opfer der Tat bestand.

II. Der Zeitpunkt der Erfolgsabwendungspflicht

Bei dem zweiten innerhalb der Rechtswidrigkeit zu erörternden Problem handelt es sich um die Frage, wann die erfolgsabwendende Tätigkeit des Anstifters einsetzen muß. Genügt es, daß er die Ausführung der Haupttat verhindert, oder muß er bereits die Entstehung des Tatenschlusses verhindern?

Die Antwort ergibt sich auf Grund folgender Überlegung: Eine vollendete Anstiftung liegt erst dann vor, wenn beide Erfolge der Anstiftung eingetreten sind: die Entstehung des Tatenschlusses und die Ausführung der Haupttat. Die Hervorrufung des ersten Erfolges, d. h. die Erzeugung des Tatenschlusses, stellt demgegenüber lediglich einen Anfang der Ausführung dar, ist also dogmatisch versuchte Anstiftung. Nun ist die versuchte Anstiftung gemäß § 49 a Abs. 1 StGB lediglich bei der Anstiftung zu Verbrechen, nicht dagegen bei der Anstiftung zu Vergehen oder Übertretungen strafbar. Daraus ergibt sich folgendes:

Wird bei der Anstiftung zu Vergehen oder Übertretungen der Anstifter erst nach Entstehung des Tatenschlusses, aber vor Ausführung der Haupttat erfolgsabwendend tätig, so hat er die Grenze der Strafbarkeit noch nicht überschritten. Bei der Anstiftung zu Vergehen oder Übertretungen braucht also der Anstifter noch nicht die Entstehung des Tatenschlusses zu verhindern, es genügt, wenn er die Ausführung der Haupttat, genauer gesagt, bereits deren strafbaren Versuch, verhindert.¹³³⁾

Anders ist es bei der Anstiftung zu Verbrechen. Hier würde gemäß § 49 a Abs. 1 StGB die Hervorrufung des Tatenschlusses bereits eine straf-

¹³¹⁾ RGSt. 15, 315 (316).

¹³²⁾ BGHSt. 4, 355 (358).

¹³³⁾ Zu einem anderen Ergebnis müßte man freilich dann kommen, wenn man auf dem Boden der Schuldteilnahmetheorie steht. Denn da nach dieser Theorie der Strafgrund der Anstiftung in der Korruption des Haupttäters besteht, müßte der Anstifter verpflichtet sein, bereits die Korruption des Haupttäters zu verhindern. Er müßte also bereits vor Entstehung des Tatenschlusses erfolgsabwendend tätig werden. Daß indessen der Schuldteilnahmetheorie nicht gefolgt werden kann, wurde oben dargelegt.

bare versuchte Anstiftung darstellen. Daher darf hier der Anstifter es nicht zur Entstehung des Tatentschlusses kommen lassen. Seine erfolgsabwendende Tätigkeit muß in dem Zeitpunkt einsetzen, in dem sein Unterlassen zum strafbaren Versuch werden würde. Wann das der Fall ist, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen über den Versuch des Unterlassungsdelikts.¹³⁴⁾

C. Schuld

Im Bereiche der Schuld ergeben sich für die Anstiftung durch Unterlassen keine Besonderheiten gegenüber der Anstiftung durch positives Tun. Der Grund hierfür liegt darin, daß beim Unterlassungsdelikt die Schuld strukturell keine Abweichungen aufweist.¹³⁵⁾ Interessante Fragen können sich dann ergeben, wenn sich der Anstifter über das Vorliegen seiner Erfolgsabwendungspflicht irrt. Es handelt sich dabei aber um keine Besonderheit der Anstiftung durch Unterlassen, vielmehr beantwortet sich diese Frage nach den allgemeinen Irrtumsregeln.¹³⁶⁾

Bezüglich des Angestifteten sei noch einmal betont, daß er nicht zu bemerken braucht, daß er angestiftet wurde. Meist wird er es bei der Anstiftung durch Unterlassen sogar nicht bemerken. Denn wenn in der Untätigkeit des Anstifters die eindeutige Aufforderung, eine Straftat zu begehen, gesehen werden muß, so handelt es sich bei dem Verhalten des Anstifters um beredtes Schweigen und nicht um ein Unterlassen. Es sind allerdings auch Fälle denkbar, in denen das Verhalten des Anstifters ein reines Unterlassen darstellt und der Angestiftete trotzdem die Anstiftung bemerkt. Das ist dann der Fall, wenn die Untätigkeit des Anstifters mehrere mögliche Rückschlüsse zuläßt, der Angestiftete aber den Schluß zieht, er solle die Haupttat begehen.

¹³⁴⁾ Zum Versuch des Unterlassungsdelikts vgl. insbes. Maihofer, GA 1958, 289 ff.; ferner Frank, § 43 Anm. V 1; Maurach, Allg. Teil S. 401; Nagler, LK, Einleitung, Anhang 2 Anm. B II d (S. 42); Schönke-Schröder, Vorbem. V 1 vor § 43. Einen von der herrschenden Meinung abweichenden Standpunkt nehmen Armin Kaufmann, S. 210 ff. und Welzel, S. 193 f. ein.

Zur versuchten Anstiftung durch Unterlassen wird man sagen können, daß bei Zugrundelegung einer objektiven Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch die versuchte Anstiftung in dem Zeitpunkt beginnt, in dem die Gefahr entsteht, daß sich auf Grund des Unterlassens der Tatentschluß bildet.

¹³⁵⁾ Auf das geringere Gewicht der Schuld wurde bereits auf S. 25 f. hingewiesen.
¹³⁶⁾ Vgl. zu dieser Frage Schönke-Schröder, § 59 Anm. III 8 mit weiteren Nachweisen, der freilich die Erfolgsabwendungspflicht zur Tatbestandsmäßigkeit rechnet und demzufolge in ihr einen Tatumstand i. S. des § 59 StGB sieht. Der Große Senat des Bundesgerichtshofes hat neuerdings entschieden, daß der Irrtum über die Erfolgsabwendungspflicht ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit sei. (BGH NJW 1961, 1628).

Dritter Teil:

Die Abgrenzung der Anstiftung durch Unterlassen von anderen Formen der Mehrtäterschaft durch Unterlassen

Wird ein Deliktserfolg nicht nur von einem, sondern von mehreren Beteiligten herbeigeführt, so taucht — genauso wie beim positiven Tun — auch beim Unterlassen die Frage auf, um welche Form der Mehrtäterschaft es sich bei den einzelnen Beteiligten handelt. Damit entsteht die Aufgabe, die Anstiftung durch Unterlassen einerseits von der Täterschaft durch Unterlassen, andererseits von der Beihilfe durch Unterlassen abzugrenzen. Da es sich bei der Anstiftung um einen Fall der Teilnahme handelt, müssen zunächst Täterschaft durch Unterlassen und Teilnahme durch Unterlassen voneinander abgegrenzt werden. Sodann ist auf das Verhältnis von Anstiftung durch Unterlassen und Beihilfe durch Unterlassen einzugehen.

A. Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme

I. Allgemeiner Überblick über das Problem und Stellungnahmen in der Literatur

Bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme hat es sich stets um eine der am leidenschaftlichsten umstrittenen Fragen des Strafrechts gehandelt. In der Hauptsache hat sich der Streit auf dem Gebiete des positiven Tuns abgespielt. Ist dort über das Problem auch noch keinerlei Einigkeit erzielt worden, so läßt sich doch sagen, daß die Fronten einigermaßen feststehen. Es haben sich verschiedene Theorien gebildet, von denen jede eine mehr oder weniger befriedigende Lösung liefert.

Ganz anders ist die Situation im Bereiche des Unterlassens. Hier kann von einer Reihe feststehender Auffassungen nicht gesprochen werden, vielmehr ist alles noch völlig in der Entwicklung begriffen. Es gibt — gerade in jüngster Zeit — eine Vielzahl von Stellungnahmen, die nicht nur gegensätzlicher Natur sind, sondern oft auch auf völlig verschiedenen Ausgangspunkten basieren.

Der Grund hierfür dürfte nicht nur darin liegen, daß eingehendere Bemühungen um die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassen erst wesentlich später eingesetzt haben als beim positiven Tun. Vielmehr beruht der Mangel greifbarer Ergebnisse in erster Linie darauf, daß die Schwierigkeiten, die einer Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme entgentreten, beim Unterlassen noch weitaus größer sind als beim positiven Tun. Während sich nämlich beim positiven Tun eine Abgrenzung am äußeren Bild der Handlung orientieren kann, findet sich

beim Unterlassen kein Tatbeitrag der Beteiligten, der schon rein äußerlich eine Täter- oder Teilnehmerhandlung indizieren könnte. Das Unterlassen des Täters unterscheidet sich seiner äußeren Gestalt nach in nichts von dem Unterlassen des Teilnehmers. In beiden Fällen handelt es sich um bloße Untätigkeit.

So ist es denn auch nicht verwunderlich, daß teilweise die Auffassung vertreten wird, eine Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme sei auf dem Gebiet des Unterlassens nicht möglich.¹³⁷⁾ Dieser Auffassung muß bereits entgegengehalten werden, daß die Gleichstellung von Tun und Unterlassen¹³⁸⁾ auch eine Übertragung der gesetzlichen Teilnahmeregelung auf das Unterlassen erforderlich macht.

Von anderer Seite wird zwar die Möglichkeit einer Trennung von Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassen nicht bestritten, eine Unterscheidung wird jedoch nicht generell vorgenommen, sondern nur in einzelnen Fällen, in denen sich äußere Merkmale finden, an denen sich eine Abgrenzung orientieren kann.¹³⁹⁾ Ein weiterer Lösungsvorschlag findet sich bei Schönke-Schröder. Danach soll jeder, den eine Erfolgsabwendungspflicht gegenüber dem geschützten Rechtsgut trifft, „in der Regel“ Täter sein, wenn er es unterläßt, den Deliktserfolg abzuwenden.¹⁴⁰⁾ Gegen diese Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassen spricht, daß die Erfolgsabwendungspflicht nicht Kriterium für die täterschaftliche Begehung, sondern Voraussetzung jedes Unterlassungsdelikts ist. Sowohl Täter wie Teilnehmer müssen zur Abwendung des Erfolges verpflichtet sein, denn anderenfalls wäre ihr Verhalten gar nicht rechtswidrig. In diesem Punkt unterscheiden sich Täterschaft und Teilnahme gerade nicht.

In der Rechtsprechung ist die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme stets nach der subjektiven Theorie vorgenommen worden.¹⁴¹⁾ Diese Feststellung ist keineswegs überraschend. Denn gerade beim Unterlassen scheint der Ausgangspunkt dieser Theorie — die Ununterscheidbarkeit der Kausalbeiträge — zuzutreffen. Da eine objektive Unterscheidung nicht möglich zu sein scheint, liegt es nahe, die Unterscheidung nach subjektiven Gesichtspunkten vorzunehmen. Überdies fallen beim Unterlassen die will-

¹³⁷⁾ So insbesondere Armin Kaufmann, S. 291 ff.; Welzel, S. 194 und Grünwald, GA 59, 110 ff. (111 f.).

¹³⁸⁾ Die freilich von den genannten Autoren bestritten wird.

¹³⁹⁾ So wird häufig angenommen, daß die Nichtabwendung eines Erfolges, den ein anderer durch positives Tun herbeiführt, nur Teilnahme sei. Vgl. Frank, § 49 Anm. I 2; Gallas JZ 1952, 372 und JZ 1960, 687; Kielwein, GA 1955, 225; Nagler, LK I Einleitung, Anhang 2, Anm. B II a (S. 42) und GS 111, 73. Weiter wird darauf hingewiesen, daß beim echten Sonderdelikt der unterlassende Extraneus nur Teilnehmer sein könne (Gallas JZ 1960, 687; Schönke-Schröder, Vorbem. VI 8 d vor § 1; Kielwein GA 1955, 225 mit weiteren Nachweisen).

¹⁴⁰⁾ Schönke-Schröder, Vorbem. VI 8 a vor § 1. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz machen Schönke-Schröder dann, wenn sich die Erfolgsabwendungspflicht aus vorangegangenen Tun oder aus einer „engen persönlichen Verbundenheit“ ergibt (Vorbem. VI 8 b und c).

¹⁴¹⁾ Vgl. RGSt. 64, 273 (275); 66, 71 (75); OGHSt. 3, 1 (4); BGH NJW 1951, 204; BGHSt. 13, 162 (166); BGH LM Nr. 10 zu Vorbem. vor § 47 StGB. Unklar ist die Stellungnahme des BGH in BGHSt. 2, 150 (worauf bereits Gallas JZ 1952, 372 hinweist). Der BGH nennt hier (aaO., S. 151) als Abgrenzungskriterien nebeneinander die Haltung zur Tat und zum Täterfolg, die Willensrichtung, die Tatherrschaft, das Interesse am Täterfolg und den Umfang der eigenen Tatbestandsverwirklichung. Auch Mezger nimmt die Abgrenzung nach der subjektiven Theorie vor, vgl. StB II, S. 13.

kürlichen Ergebnisse der subjektiven Theorie weitaus weniger ins Auge als beim positiven Tun. Denn im Falle des Unterlassens fehlt es an jenem äußeren Tatbeitrag der Beteiligten, der eine willkürliche Zudiktierung des animus auctoris oder des animus socii für das Rechtsgefühl als untragbar erscheinen läßt. So liegt zum Beispiel die Unrichtigkeit des Ergebnisses auf der Hand, wenn ein Täter, der die Tat selbst ausführt, zum Teilnehmer gestempelt wird.¹⁴²⁾ Handelt es sich dagegen um ein Unterlassen, so sind die Handlungen des Täters und des Teilnehmers ihrer äußeren Gestalt nach gleich.

Zum Teil ist auch versucht worden, Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassen nach dem Prinzip der Tatherrschaft abzugrenzen.¹⁴³⁾ Die unten folgende Untersuchung der Teilnahmetheorien auf ihre Anwendbarkeit beim Unterlassen stellt gleichzeitig eine Stellungnahme zu diesen Lösungsvorschlägen dar.

Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme auf Unterlassungsebene ist in jüngster Zeit insbesondere am Problem der Nichthinderung des Selbstmordes erörtert worden. Ausgangspunkt dieser Erörterungen war die Entscheidung des Bundesgerichtshofes in BGHSt. 2, 150.¹⁴⁴⁾ Bei dieser Entscheidung handelte es sich um den Fall, daß sich ein Ehemann wegen ehelicher und häuslicher Zerwürfnisse durch Erhängen tötete. Als er schon bewußtlos, aber noch zu retten war, kam die Ehefrau hinzu, erkannte die Sachlage, ließ ihn aber hängen.¹⁴⁵⁾ Der BGH hat in dem Verhalten der Ehefrau eine täterschaftlich begangene Tötung durch Unterlassen erblickt. Diese Entscheidung ist weitgehend auf Ablehnung gestoßen.¹⁴⁶⁾ Nach Darlegung der eigenen Auffassung zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassen wird zu diesem Urteil noch kritisch Stellung genommen werden.

II. Untersuchung der Teilnahmetheorien auf ihre Anwendbarkeit beim Unterlassen

Um einen zuverlässigen Weg zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme auf dem Gebiet des Unterlassens zu finden, sollen zunächst sämtliche Teilnahmetheorien auf ihre Anwendbarkeit beim Unterlassen überprüft werden. Im wesentlichen lassen sich vier Theorien unterscheiden, die sich um diese Abgrenzung bemühen.

¹⁴²⁾ Wie im bekannten „Badewannenfall“, RGSt. 74, 84.

¹⁴³⁾ Vgl. Kielwein, GA 1955, 227; Maurach, Allg. Teil, S. 544; Niese, JZ 1953, 175.

¹⁴⁴⁾ Die Entscheidung des OLG München v. 11. 2. 1948, mitgeteilt bei Mezger, StB II S. 13 fand kein besonderes Echo.

¹⁴⁵⁾ Der BGH hat sich mit der Frage der Nichthinderung des Selbstmordes ferner befaßt in BGHSt. 6, 147 (= JZ 1954, 639 mit Anm. von Gallas); 7, 268; 13, 162; BGH JR 1955, 104 mit Anm. von Heinitz; BGH JR 56, 347.

¹⁴⁶⁾ Vgl. die kritischen Ausführungen von Böhm, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 34 ff.; Friebe, GA 1959, 163; Gallas, JZ 1960, 689 (anders in JZ 1952, 371); Grünwald, GA 1959, 119 ff.; Hartung, JR 1955, 348; Heinitz JR 1954, 403 und 1955, 105; Kohlrausch-Lange, system. Vorbem. II B II 3 e und § 222 Anm. I; Meister, GA 1953, 166; Schöнке-Schröder, Vorbem. IV 1 vor § 211; Weizel, S. 245. — Zustimmend dagegen Behrisch, NJW 1960, 471; Maurach, Bes. Teil, S. 18; Mezger, StB II, S. 12; Niese, JZ 1953, 175; Sauer, System des Strafrechts, Bes. Teil, S. 255 Anm. 24 a; Schaefer, LK Vorbem. I 3 vor § 211. Mit Einschränkungen stimmen der BGH-Entscheidung zu Dreher, MDR 1952, 711 u. Gallas JZ 1952, 371 (dagegen ist die spätere Stellungnahme von Gallas in JZ 1960, 689 ablehnend).

1. Die formell-objektive Theorie

Die formell-objektive Theorie¹⁴⁷⁾ knüpft an das äußere Bild der Ausführungshandlung an. Nach ihr ist Täter, wer im Sinne des gesetzlich benannten Tätigkeitswortes handelt, wer also beispielsweise bei § 242 StGB „wegnimmt“, bei § 211 „tötet“ oder bei § 303 „beschädigt“. Teilnehmer ist dagegen, wer zu einer solchen Tätigkeit anstiftet oder sie unterstützt. Beim Unterlassen fehlt es nun an einem solchen äußeren Tätigkeitsbild, das eine Abgrenzung im Sinne der formell-objektiven Theorie ermöglichen könnte. Rein äußerlich unterscheidet sich das Unterlassen des Täters nicht vom Unterlassen des Teilnehmers, so daß sich insbesondere eine „Ausführungshandlung“ nicht feststellen läßt. Daher eignet sich die formell-objektive Theorie zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme auf dem Gebiete des Unterlassens nicht.

2. Die materiell-objektive Theorie

Bei der materiell-objektiven Theorie¹⁴⁸⁾ ist nicht die Ausführungshandlung Anknüpfungspunkt, sondern das Rechtsgut. Nach dieser Theorie ist Täter, wer den Angriff auf das Rechtsgut unmittelbar trägt, d.h. wer das Schutzobjekt unmittelbar gefährdet oder verletzt. Der Teilnehmer steht dagegen der Verletzung ferner, er unterstützt den Angriff des Täters oder ruft den Tatentschluß beim Haupttäter hervor.¹⁴⁹⁾ Auch die materiell-objektive Theorie kann in der Form, wie sie für das positive Tun gilt, unser Problem nicht lösen. Denn bei der Unterlassungstat kann von einem „Angriff“ des Unterlassungstäters nicht gesprochen werden. Der unmittelbare Angriff auf das Rechtsgut geht hier nämlich nicht vom Täter aus, sondern von dem natürlichen Geschehensablauf, dem Schicksal, das der Unterlassungstäter lediglich nicht aufhält. Wenn zum Beispiel ein Nichtschwimmer ins Wasser fällt und der Bademeister ihn nicht rettet, so wird das Leben des Ertrinkenden nicht vom Bademeister unmittelbar bedroht, sondern vom Wasser, das einen Nichtschwimmer ertrinken läßt. Die Handlung des Bademeisters besteht somit nicht in einem Angriff auf das Rechtsgut, sondern darin, daß er den Angriff der Naturkräfte nicht hindert. Damit entfällt auf der Unterlassungsebene das für die Abgrenzung entscheidende Kriterium der materiell-objektiven Theorie, nämlich die Tatsache, daß der Täter den Angriff auf das Rechtsgut unmittelbar trägt,

¹⁴⁷⁾ Diese Theorie war in der Lehre lange Zeit herrschend gewesen. Ihre Hauptvertreter waren Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 408; Frank, § 47 Anm. II; v. Hippel, Deutsches Strafrecht Bd. II S. 454; v. Liszt-Schmidt, S. 334 f. Heute wird die formell-objektive Theorie noch von Wegner, S. 255, vertreten.

¹⁴⁸⁾ Diese Theorie wurde insbesondere von Max Ernst Mayer (S. 403) begründet. Sie wurde ferner von Eberhard Schmidt (Frankfestgabe II S. 118) vertreten. Freilich bezeichnen sich auch andere Theorien als materiell-objektiv, so die Theorie Birkmeyers (Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil, Bd. 2, S. 21 ff.), nach der Täter sein soll, wer eine Ursache, Teilnehmer, wer eine Bedingung für den Erfolg setzt. Auch die Theorie von der Täterschaft (auch final-objektive Theorie genannt), wie sie insbesondere von Welzel (S. 89) und Maurach (Allg. Teil, S. 515 ff.) vertreten wird, nennt sich materiell-objektiv. Um Verwechslungen auszuschließen, soll hier unter „materiell-objektiver Theorie“ nur die Theorie M. E. Mayers verstanden werden, während die unten noch zu besprechende Theorie Welzels und Maurachs als „Theorie von der Täterschaft“ bezeichnet wird.

¹⁴⁹⁾ M. E. Mayer (S. 403) formuliert: „Der Täter greift das Rechtsgut an, der Gehilfe bereitet den Angriff vor oder sichert ihn.“

der Teilnehmer dagegen nicht. Sie kann daher in dieser Form eine Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Falle des Unterlassens nicht liefern.

3. Die subjektive Theorie

Den objektiven Theorien steht die subjektive Theorie gegenüber, die insbesondere vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung vertreten wurde.¹⁵⁰⁾ Ausgangspunkt dieser Theorie ist die These, daß alle Kausalglieder gleichwertig seien und daß somit die Tatbeiträge des Täters und des Teilnehmers objektiv ununterscheidbar seien. Eine Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme müsse daher nach subjektiven Merkmalen erfolgen. Als Kriterium hierfür wurde der Wille der Beteiligten gewählt, die Tat als eigene oder als fremde begehen zu wollen. Täter sei, wer den *animus auctoris*, Teilnehmer, wer den *animus socii* habe.¹⁵¹⁾

Das Problem, das hierbei für die subjektive Theorie entstand, lag darin, daß sich der *animus* als innerer Vorgang nicht ohne weiteres nachweisen ließ. Man bedurfte also irgendwie gearteter objektiv feststellbarer Indizien, die auf die Willensrichtung des Täters schließen ließen. Solche fand man zunächst im „Interesse an der Tat“. Täter war danach derjenige, der das Interesse an der Tat hatte, wobei es auf seinen äußeren Tatbeitrag nicht mehr ankam. So hat denn auch das Reichsgericht in der bekannten und oft gerügten¹⁵²⁾ „Badewannenentscheidung“¹⁵³⁾ denjenigen, der die Tat eigenhändig ausführte, zum Teilnehmer, denjenigen, der zur Tatausführung keine Hand regte, aber am Erfolg interessiert war, zum Täter gestempelt.

Indessen rückte der BGH, der anfänglich noch dem Reichsgericht gefolgt war¹⁵⁴⁾, allmählich von der subjektiven Theorie in ihrer extremen Form ab, wenngleich er auch heute noch einen subjektiven Ausgangspunkt beibehält.¹⁵⁵⁾ Eine Einschränkung findet sich bereits in der genannten Entscheidung, die die Nithinderung des Selbstmords betrifft.¹⁵⁶⁾ In einer späteren Entscheidung¹⁵⁷⁾ rückt der BGH ausdrücklich von der sog. Interestheorie ab und spricht aus, daß derjenige, der die Tat eigenhändig ausführt, auch dann Täter sei, wenn er im Interesse eines anderen handle.¹⁵⁸⁾ Damit hat der BGH auf ein objektives Merkmal zurückgegriffen, das den Rückschluß auf den *animus auctoris* ermöglicht. Der Ausgangspunkt der

¹⁵⁰⁾ Aus der großen Zahl der Entscheidungen sei insb. hingewiesen auf RGSt. 2, 160; 3, 181; 35, 13 (17); 53, 138; 66, 236 (240); 71, 23.

¹⁵¹⁾ Eigenartigerweise ist stets nur von einem *animus socii* die Rede, nicht dagegen von einem *animus* des Anstifters, obwohl die Anstiftung genauso wie die Beihilfe der Abgrenzung gegenüber der Täterschaft bedarf.

¹⁵²⁾ Diese Entscheidung wird in fast allen Lehrbüchern und Kommentaren abgelehnt. Eine ausführliche Kritik findet sich bei Dohna, DStrR 1940, 120 und Klee, ZAkDR 1940, 188. Zur Entstehungsgeschichte vgl. Hartung, JZ 1954, 430.

¹⁵³⁾ RGSt. 74, 84.

¹⁵⁴⁾ Vgl. BGH NJW 1951, 120; 1952, 945; BGHSt. 4, 32; 6, 226 (229); 8, 71 (73).

¹⁵⁵⁾ Einen Überblick über die Rechtsprechung des BGH gibt Kalthoener, NJW 1956, 1662.

¹⁵⁶⁾ BGHSt. 2, 150. Hier führt der BGH aus, ein innerer Vorbehalt, die Tat als fremde zu wollen, sei angesichts der „besonderen Pflichtenlage“ und der „Sachherrschaft des Verpflichteten“ unbeachtlich. Der BGH sucht also wieder nach objektiven Kriterien, aus denen sich auf den *animus* der Beteiligten schließen läßt. — Bei der kritischen Stellungnahme zu diesem Urteil wird hierauf noch im einzelnen eingegangen werden.

¹⁵⁷⁾ BGHSt. 8, 393.

¹⁵⁸⁾ In BGHSt. 14, 123 (129) wird dieses Ergebnis bestätigt.

subjektiven Theorie, nämlich die Ununterscheidbarkeit der Kausalbeiträge, ist freilich damit aufgegeben.

Hat somit die subjektive Theorie heute eine Gestalt gefunden, in der sich dem Rechtsgefühl grob widersprechende Ergebnisse vermeiden lassen, so läßt sie sich doch in dieser Form nicht auf das Unterlassen übertragen.¹⁵⁹⁾ Denn das objektive Merkmal, das den Rückschluß auf den animus ermöglichen soll, die eigenhändige Ausführung der Tat, existiert gerade beim Unterlassen nicht. Seiner äußeren Gestalt nach ist das Unterlassen des Täters vom Unterlassen des Teilnehmers nicht zu trennen. Die subjektive Theorie stände also wiederum vor der Aufgabe, ein objektives Kriterium zu finden, das den Rückschluß auf den animus ermöglicht. Als solches bleibt nur das „Interesse an der Tat“ übrig.¹⁶⁰⁾ Die subjektive Theorie könnte also nur in ihrer extremen Form auf das Unterlassen übertragen werden. Eine solche Übertragung erweist sich aber als undurchführbar. Sie würde unlösbare Probleme aufwerfen. Es ist ohne weiteres denkbar, daß die an der Tat Beteiligten gar kein Interesse an der Tat haben. Das Interesse an der Tat hat vielmehr ein Außenstehender, der an der Tat überhaupt nicht beteiligt ist und gar nichts von ihr weiß.¹⁶¹⁾ Das Ergebnis wäre, daß eine Tat ohne Täter vorläge.¹⁶²⁾ Zwar könnte noch behauptet werden, einer der an der Tat Beteiligten habe den animus auctoris. Eine solche Behauptung ließe sich aber nicht begründen. Es würde nämlich auf das letzte objektiv nachweisbare Indiz, das einen Rückschluß auf den animus zuläßt — das Interesse an der Tat — verzichtet und einer der Beteiligten in freier Willkür zum Täter gestempelt.

Da es häufig vorkommen kann, daß ein Außenstehender allein das Interesse an der Tat hat, würde dieses Problem fortgesetzt auftauchen. Die subjektive Theorie erweist sich also zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassen als undurchführbar.

4. Die Theorie von der Tatherrschaft

Schließlich bietet sich zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme die Theorie von der Tatherrschaft — auch final-objektive Theorie genannt — an.¹⁶³⁾ Nach dieser Theorie ist Täter, wer „durch zweckbewußte Lenkung des Kausalgeschehens auf den tatbestandsmäßigen Erfolg hin Herr über die Erfolgsherbeiführung ist“.¹⁶⁴⁾ Eine Übertragung dieser Grundsätze auf das Unterlassen vermag ebenfalls eine befriedigende Lö-

¹⁵⁹⁾ Ebenso Gallas JZ 1960, 650; Heintz JR 1954, 405; Kielwein GA 1955, 226. Dagegen wird auch beim Unterlassen die subjektive Theorie vertreten von Mezger, StB II, S. 12 f.

¹⁶⁰⁾ Daß sich die in BGHSt. 2, 150 erwähnten Merkmale „besondere Pflichtenlage“ und „Sachherrschaft des Verpflichteten“ zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassen nicht eignen, wird bei der eigenen Stellungnahme zu diesem Urteil nachgewiesen werden.

¹⁶¹⁾ Z.B. A und B unterlassen es, den C zu retten, um dem X einen Gefallen zu tun. X weiß vom Verhalten der A und B nichts.

¹⁶²⁾ Zum Problem der Tat ohne Täter vgl. Frank, Anm. II vor § 47. Das Problem spielt auch beim positiven Tun eine Rolle, kann dort aber durch die von BGHSt. 8, 393 ff. gemachte Einschränkung der subjektiven Theorie vermieden werden.

¹⁶³⁾ Hauptvertreter sind Welzel (S. 89) und Maurach (Allg. Teil, S. 515). Diese Theorie ist nicht mit der materiell-objektiven Theorie im Sinne M. E. Mayers zu verwechseln, vgl. dazu oben Anm. 148.

¹⁶⁴⁾ Welzel, S. 89.

sung nicht zu liefern.¹⁶⁵⁾ Denn die „zweckbewußte Lenkung des Kausalgeschehens“ kann nur durch ein positives Tun erfolgen. Nur wer aktiv tätig wird, hat die Möglichkeit, das Kausalgeschehen in eine bestimmte Richtung, nämlich auf den Erfolg hin zweckbewußt zu steuern. Beim Unterlassen läuft dagegen das Geschehen bereits von sich aus in eine bestimmte Richtung, ohne daß der Täter hierauf einen Einfluß nimmt. Sein Verhalten besteht darin, daß er in diesen naturgegebenen Ablauf nicht hindernd eingreift. Beim Unterlassungstäter kann also nicht von einer „zweckbewußten Lenkung des Kausalgeschehens auf den Erfolg hin“ gesprochen werden, sondern nur davon, daß er die Möglichkeit, den Erfolg abzuwenden, nicht wahrnimmt. Er hat also nicht die Tatherrschaft, sondern nur die Möglichkeit der Erfolgsabwendung.¹⁶⁶⁾ Die Möglichkeit der Erfolgsabwendung ist aber bereits Voraussetzung für jedes strafrechtlich relevante Unterlassen überhaupt. Täter wie Teilnehmer müssen diese Möglichkeit haben. Ein Abgrenzungskriterium stellt somit die Möglichkeit der Erfolgsabwendung gerade nicht dar. Auch die Theorie von der Tatherrschaft eignet sich also nicht zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassen.

III. Die eigene Lösung

1. Der Grundsatz der Lösung

Die Untersuchung der Teilnahmetheorien auf ihre Anwendbarkeit bei der Unterlassungstat hat ergeben, daß sich keine dieser Theorien ohne weiteres auf das Unterlassen übertragen läßt. Das ist letzten Endes darauf zurückzuführen, daß beim positiven Tun eine äußerlich wahrnehmbare Handlung der Beteiligten vorliegt, an die die Teilnahmetheorien in irgendeiner Form anknüpfen können, während beim Unterlassen eine solche Handlung fehlt, so daß hier der entsprechende Anknüpfungspunkt für die Teilnahmetheorien entfällt.

Das tritt am klarsten bei der formell-objektiven Theorie hervor, die unmittelbar an das positive Tun der Beteiligten anknüpft. Aber auch die anderen Teilnahmetheorien orientieren sich am äußeren Schaubild der Handlung: Die materiell-objektive Theorie liest aus dem positiven Tun der Beteiligten ab, ob der Angriff gegen das Rechtsgut mittelbar oder unmittelbar geführt wird, die subjektive Theorie wählt die eigenhändige Ausführung der Tat als Indiz für den animus auctoris, und die Theorie von der Tatherrschaft erblickt die Lenkung des Kausalgeschehens in der aktiven Handlung des Täters. Beim Unterlassen besteht dagegen diese Möglichkeit nicht: Niemand handelt im Sinne des gesetzlich benannten Tätigkeitswortes, niemand führt die Tat eigenhändig aus, der Angriff auf das Rechtsgut geht von den Naturgewalten aus, und die Lenkung des Kausal-

¹⁶⁵⁾ Auch Gallas, JZ 1952, 372 und JZ 1960, 686 hält eine Übertragung der final-objektiven Theorie auf das Unterlassen nicht für möglich. Kielwein, GA 1955, 227, Maurach, Allg. Teil, S. 544 u. Niese, JZ 1953, 175 wollen dagegen die final-objektive Theorie auf das Unterlassen übertragen.

¹⁶⁶⁾ Gallas bezeichnet dies als „potentielle Tatherrschaft“ (JZ 1952, 372 und 1960, 686). Maurach, Allg. Teil, S. 544, ist zwar der Auffassung, daß die Tatherrschaft beim Unterlassen in der Regel „strengere Voraussetzungen“ aufweise als die bloße Möglichkeit der Erfolgsabwendung. Um welche Voraussetzungen es sich dabei handeln soll, führt er aber nicht aus.

geschehens liegt nicht in der Hand der Beteiligten, sondern das Geschehen läuft von selbst in eine bestimmte Richtung.

Die Erkenntnis, daß sich infolge des äußeren Schaubildes der aktiven Handlung eine Theorie, die beim positiven Tun zuverlässige Ergebnisse liefert, auf das Unterlassen nicht übertragen läßt, ist nicht neu. Vor der gleichen Problematik stand die ältere Strafrechtswissenschaft bei der Frage, ob eine Unterlassung für einen Erfolg kausal sein könne. Man fragte sich, wie aus einem Nichts ein Etwas werden könne. Auf der Suche nach einer „causa efficiens“ verfiel man auf die absonderlichsten Lösungen¹⁶⁷⁾, bis man erkannte, daß das Wesen der Unterlassung nicht in einem „Nichtstun“, sondern in einem „Etwas nicht-Tun“ besteht. Damit war das Problem gelöst: Bei der Frage, ob ein Unterlassen für einen Erfolg kausal war, wurde nicht auf die Untätigkeit als solche abgestellt, sondern es wurde danach gefragt, was der Täter hätte tun sollen. So wie beim positiven Tun für die Frage, ob der Erfolg entfiel, hin weggedacht wurde, was der Täter getan hatte, wurde beim Unterlassen hin zu gedacht, was der Täter hätte tun sollen.¹⁶⁸⁾

Damit erhebt sich die Frage, ob dieselben Gesichtspunkte, die bei der Kausalität zur Lösung des Problems führten, in methodischer Parallelität auf die Teilnahmetheorien angewendet werden können.

Bei der formell-objektiven Theorie ist diese Frage zu verneinen. Die formell-objektive Theorie setzt eine äußere Handlung der Beteiligten notwendig voraus, die beim Unterlassen nicht vorhanden ist und auch nicht durch die „erwartete Handlung“ ersetzt werden kann. Denn wenn jemand eine erwartete Handlung unterläßt, so läßt sich daraus noch nicht entnehmen, ob er im Sinne des gesetzlich bekannten Tätigkeitswortes handelt oder nicht.

Auch die subjektive Theorie kann unter Zuhilfenahme des Prinzips der erwarteten Handlung das Problem der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassen nicht lösen. Denn nach der subjektiven Theorie ist Indiz für das Vorliegen des animus auctoris die eigenhändige Ausführung der Tat. Hierbei handelt es sich um ein Merkmal formell-objektiver Natur, das sich, wie gezeigt wurde, beim Unterlassen nicht nachweisen läßt.

Bei der Theorie von der Tatherrschaft läßt sich gleichfalls eine Lösung aus dem Prinzip der erwarteten Handlung nicht gewinnen. Wollte man hier an die Stelle der reinen Untätigkeit die erwartete Handlung setzen, so könnte man nur von einer „potentiellen Tatherrschaft“ im Sinne Gallas¹⁶⁹⁾, also von der bloßen Möglichkeit der Erfolgsabwendung sprechen. Denn die vom Unterlassenden erwartete Handlung besteht in der Abwendung des Erfolges. Eine Lenkung des Kausalgeschehens liegt hierin nicht. Daß die Möglichkeit der Erfolgsabwendung für Täter und Teil-

167) Z.B. die Theorie des „gleichzeitigen Andershandelns“ von Luden oder die sog. Interferenztheorien nach Landsberg, Binding und Hälschner.

168) Mezger spricht hier von der „erwarteten Handlung“ (Lehrbuch S. 136). Da sich diese Terminologie in der Literatur eingebürgert hat, wird der Begriff auch im folgenden verwendet werden.

169) Gallas, JZ 1952, 372 und 1960, 686.

nehmer bestehen muß und daher kein Abgrenzungskriterium bilden kann, wurde oben dargelegt.¹⁷⁰⁾

Anders verhält es sich indessen bei der materiell-objektiven Theorie. Die Schwierigkeiten, vor denen diese Theorie bei ihrer Übertragung auf das Unterlassen steht, weisen eine überraschende Parallelität zu den Problemen auf, denen sich die Kausalitätsformel bei ihrer Übertragung auf das Unterlassen ausgesetzt sah. So wie man sich bei der Kausalität fragte, wie ein Unterlassen einen Erfolg herbeiführen könne, stellt sich bei der materiell-objektiven Teilnahmetheorie die Frage, wie in einem Unterlassen ein Angriff auf das Rechtsgut erblickt werden kann. In beiden Fällen handelt es sich also darum, ein äußeres Ereignis (einmal den Erfolg, das andere Mal einen Angriff) in Beziehung zu einem Unterlassen zu setzen. Die Frage, ob eine solche Beziehung besteht, muß in beiden Fällen dann in negativem Sinne beantwortet werden, wenn man das Unterlassen nur als rein passives Verhalten auffaßt. Unter dieser Voraussetzung muß man nämlich sagen, daß bei der Kausalität der Erfolg, bei der materiell-objektiven Teilnahmetheorie der Angriff gegen das Rechtsgut auf dem Naturgeschehen und nicht auf dem Unterlassen beruht.

Nach dem bisher Gesagten muß es sich also darum handeln, die gleichen Grundsätze, die bei der Kausalitätsbetrachtung zur Verknüpfung der Unterlassung mit dem Erfolg führten, auch bei der materiell-objektiven Teilnahmetheorie analog anzuwenden. Das bedeutet: Es darf nicht auf das Unterlassen im Sinne eines rein passiven Verhaltens abgestellt, sondern es muß die „erwartete Handlung“ herangezogen werden. Nur kann es sich freilich nicht darum handeln, schematisch die für das Unterlassen geltende Kausalitätsformel auf die materiell-objektive Teilnahmetheorie zu übertragen. Vielmehr muß das Prinzip gefunden werden, nach dem die für das positive Tun geltende Kausalitätsformel für das Unterlassen abgewandelt ist. Die Kausalitätsformel für das positive Tun lautet:

Eine Handlung ist kausal, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele.

Die entsprechende Formel für das Unterlassen lautet:

Ein Unterlassen ist kausal, wenn die erwartete Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele.

Eine Abwandlung findet also in zwei Punkten statt. Einmal wird an die Stelle des Begriffs „Handlung“ der Begriff der erwarteten Handlung gesetzt. Zum anderen wird der Begriff des „Hinwegdenkens“ in sein Gegenteil verkehrt: Es wird hinzugedacht.

Eine Übertragung dieser Grundsätze auf die materiell-objektive Teilnahmetheorie muß zu folgendem Ergebnis führen: An die Stelle des Begriffs „Handlung“ muß der Begriff der erwarteten Handlung treten. Der Begriff des „Angriffs auf das Rechtsgut“ muß in sein Gegenteil verkehrt werden. Das Gegenteil des Angriffs ist die Verteidigung, allgemeiner gesprochen: der Schutz des Rechtsguts. Wenn also die materiell-objektive Teilnahmetheorie für das positive Tun lautet:

Täter ist, wessen Handlung einen unmittelbaren Angriff auf das Rechtsgut darstellt,

¹⁷⁰⁾ Vgl. S. 49

so muß sie für das Unterlassen lauten:

Täter ist, wessen erwartete Handlung einen unmittelbaren Schutz für das Rechtsgut dargestellt hätte.

Teilnehmer sind dagegen diejenigen, deren erwartete Handlung das Rechtsgut nur mittelbar geschützt hätte.

Genauso wie bei der Feststellung der Kausalität handelt es sich auch hier um ein hypothetisches Denkverfahren.

Dieses Ergebnis soll zunächst an einem Beispiel verdeutlicht werden:

Ein Nichtschwimmer fällt ins Wasser und ist am Ertrinken. Die Bademeister A und B stehen untätig am Ufer und unterlassen es, den Nichtschwimmer zu retten. Beide sind Rettungsschwimmer, B hat jedoch den Arm gebrochen und kann daher zur Zeit nicht schwimmen.

Die von A erwartete Handlung war, ins Wasser zu springen und den Nichtschwimmer zu retten. Dies hätte einen unmittelbaren Schutz des Rechtsguts dargestellt. Von B hingegen konnte nur erwartet werden, daß er die in der Nähe befindliche Rettungswache benachrichtigte und auf diese Weise das Leben des Ertrinkenden rettete. Dies hätte aber nur einen mittelbaren, einen indirekten Schutz des Rechtsguts dargestellt. A ist also Täter, B Teilnehmer.

Dieses auf konstruktivem Wege gefundene Ergebnis stimmt auch in seiner ratio mit der materiell-objektiven Teilnahmetheorie, wie sie beim positiven Tun gilt, überein. Beim positiven Tun wird nach der materiell-objektiven Theorie derjenige, der den Angriff auf das Rechtsgut unmittelbar trägt, deswegen als Täter angesehen, weil sein Handeln eine höhere Gefahr für das Rechtsgut darstellt als die Handlung desjenigen, der den Angriff nur unterstützt. Genauso ist es bei der für das Unterlassen gefundenen Abwandlung der materiell-objektiven Theorie. Wird ein Rechtsgut durch Naturgewalten bedroht, so ist es stärker gefährdet, wenn derjenige, der es unmittelbar schützen kann, seine gebotene Handlung unterläßt, als wenn jemand, der nur einen mittelbaren Schutz bieten kann, untätig bleibt.¹⁷¹⁾¹⁷²⁾

¹⁷¹⁾ Genauso, wie im Bereiche der Kausalität bei positivem Tun und Unterlassen die gleiche Theorie vertreten werden muß (und auch vertreten wird), muß auch die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei positivem Tun und Unterlassen nach der gleichen Theorie erfolgen. Diese Notwendigkeit ergibt sich aus der grundsätzlichen Gleichstellung von Tun und Unterlassen. Die Tatsache, daß die materiell-objektive Teilnahmetheorie die einzige ist, die sich auf das Unterlassen übertragen läßt, mußte daher dazu führen, unter diesem Gesichtspunkt die für das positive Tun geltenden Teilnahmetheorien nochmals zu überprüfen. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit ist eine solche Überprüfung freilich weder notwendig noch möglich.

¹⁷²⁾ M.E. läßt sich auf die oben dargestellte Weise auch bei der materiell-objektiven Versuchstheorie eine für das Unterlassen geltende Abwandlung finden. Die für das positive Tun geltende materiell-objektive Versuchstheorie lautet:

Versuch liegt vor, wenn die Handlung des Täters bereits eine unmittelbare Gefährdung des Rechtsguts darstellt.

Genauso wie bei der Teilnahme steht einer direkten Übertragung dieser Formel auf das Unterlassen entgegen, daß bei der Unterlassungstat die Gefahr nicht vom Täter, sondern von den Naturgewalten ausgeht. Bei einer für das Unterlassen geltenden Abwandlung der materiell-objektiven Versuchstheorie müßte daher wieder an die Stelle des Begriffs „Handlung“ der Begriff der erwarteten Handlung treten, und an die Stelle der „Gefährdung“ deren Gegenteil, nämlich die Beseitigung der eintretenden Gefahr. Beim Unterlassen müßte die materiell-objektive Versuchstheorie demnach lauten:

Versuch einer Unterlassungstat liegt vor, wenn der Täter eine für das

2. Die Lösung im einzelnen

Das bisher im Grundsatz gewonnene Ergebnis bedarf in seinen Einzelheiten noch der näheren Ausführung.

a. Das Prinzip der vergleichenden Betrachtung der einzelnen Tatbeiträge.

Es handelt sich bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme nach dem Prinzip der erwarteten Handlung nicht um ein Verfahren, das die schematische Lösung von Fällen gestattet. Vielmehr muß in jedem Einzelfall eine Abwägung angestellt werden. Darin liegt aber keine Besonderheit. Auch bei der materiell-objektiven Theorie im Bereiche des positiven Tuns und bei der Theorie von der Tatherrschaft wird in jedem einzelnen Fall abgewogen, wer den Angriff gegen das Rechtsgut unmittelbar trägt bzw. wer die Tatherrschaft hat.

Die Abwägung bei einer Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme nach dem Prinzip der erwarteten Handlung besteht darin, daß die erwarteten Handlungen der mehreren Beteiligten miteinander verglichen werden. Ob nämlich ein Unterlassender das Rechtsgut unmittelbar oder nur mittelbar schützen konnte, läßt sich nicht feststellen, wenn man sein Verhalten isoliert betrachtet. Der Grund hierfür liegt darin, daß der Begriff der Unmittelbarkeit ein relativer Begriff ist, der nur dann meßbar ist, wenn man ihn in eine Beziehung zu einer anderen Größe setzt. Es müssen also stets die Handlungen sämtlicher Beteiligten zusammen betrachtet und miteinander verglichen werden. Wer von den Beteiligten den Erfolg am unmittelbarsten, d.h. am schnellsten und zweckmäßigsten verhindern konnte, ist Täter; die übrigen, die den Erfolg nur weniger schnell und zweckmäßig verhindern konnten, sind Teilnehmer.

Hierin liegt übrigens keine Besonderheit der Teilnahme durch Unterlassen. Denn diese vergleichende Betrachtungsweise findet sich genauso bei den Teilnahmetheorien im Bereiche des positiven Tuns. Auch hier ist beispielsweise bei der materiell-objektiven Teilnahmetheorie derjenige Täter, der den Angriff auf das Rechtsgut am unmittelbarsten trägt, während die Teilnehmer der Verletzung ferner stehen. Daß auch beim positiven Tun die Tatbeiträge mehrerer verglichen werden, daß sich also die Frage, ob Täterschaft oder Teilnahme vorliegt, am Vergleich mit den Tatbeiträgen anderer entscheidet, zeigt sich deutlich dann, wenn nur ein einziger den Erfolg herbeiführt. Dann kommt es nicht mehr darauf an, ob er den Angriff gegen das Rechtsgut mittelbar oder unmittelbar geführt hat. Er hat den Erfolg verursacht und ist Täter; die Frage nach Täterschaft und Teilnahme taucht erst dann auf, wenn noch andere für den Erfolg kausale Tatbeiträge vorliegen, mit denen sein Tatbeitrag verglichen werden kann. An einem Beispiel mag dies verdeutlicht werden:

Einige Halbwüchsige, die aber bereits strafmündig sind, zerstören in öffentlichen Anlagen Blumenbeete. Ein Passant hat Spaß daran

Rechtsgut entstehende unmittelbare Gefahr nicht beseitigt.

So beginnt z.B. im Fall der Mutter, die ihr Kind verhungern lassen will, der Versuch dann, wenn der Mangel an Nahrung zur Gefahr für das Leben des Kindes wird.

und zeigt den Halbwüchsigen noch weitere Blumenbeete mit der Aufforderung, sie möchten diese auch noch zerstören.

Hier führen die Halbwüchsigen den Angriff auf das Rechtsgut unmittelbar und sind daher Täter. Der Passant steht dagegen der Rechtsgutsverletzung ferner als die Halbwüchsigen und ist daher Teilnehmer. Seine Handlung wird mit den Handlungen der Halbwüchsigen verglichen. Wenn nun der Passant nicht Halbwüchsige, sondern ein zehnjähriges Kind veranlaßt, die Beete zu zertreten, so entfallen die Tatbeiträge der Halbwüchsigen, und der Passant ist der einzige, der den Erfolg herbeiführt. Da sein Tatbeitrag nicht mehr mit den Tatbeiträgen anderer verglichen werden kann, ist er Täter. Dieses Prinzip gilt genauso beim Unterlassen. Im Falle der beiden Bademeister ist derjenige, der den Arm gebrochen hatte, zwar Teilnehmer, solange der andere Bademeister den Erfolg schneller und zweckmäßiger abwenden konnte. Ist der andere Bademeister aber nicht da, so ist derjenige, der den Arm gebrochen hat, der einzige, dessen Verhalten für den Erfolg kausal war. Er ist Täter.

Ergibt die vergleichende Betrachtung der einzelnen Tatbeiträge, daß mehrere Unterlassende den Erfolg in gleich schneller und zweckmäßiger Weise verhindern konnten, so handelt es sich bei ihnen nicht um ungleichrangige, sondern um gleichrangige Beteiligung. Jeder dieser Unterlassenden ist dann Täter. Ständen beispielsweise in dem oben genannten Fall der untätigen Bademeister zwei gesunde Bademeister und einer mit gebrochenem Arm am Ufer, so sind die gesunden Bademeister Täter, während der verletzte Bademeister Teilnehmer ist. Je nachdem, ob das Unterlassen in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken oder unabhängig voneinander erfolgte, handelt es sich um Mittäterschaft¹⁷³⁾ oder um Nebentäterschaft.¹⁷⁴⁾

- b. Erweiterung der gefundenen Lösung auf die Fälle, in denen die Beteiligten teils durch positives Tun, teils durch Unterlassen handeln.

In den bisherigen Ausführungen wurde die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme nur an solchen Fällen erörtert, in denen sämtliche Beteiligten durch Unterlassen handelten. Sehr häufig kommt es aber vor, daß nur einige der Beteiligten den Erfolg durch Unterlassen herbeiführen, die anderen dagegen durch positives Tun. Auch in diesen Fällen müssen Täterschaft und Teilnahme voneinander abgegrenzt werden.

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, daß in diesen Fällen der positiv Handelnde Täter, der Unterlassende Teilnehmer sei.¹⁷⁵⁾ Wenn also zum Beispiel von den beiden Bademeistern der eine einen Nicht-

¹⁷³⁾ Die Möglichkeit der Mittäterschaft beim Unterlassen wird von Armin Kaufmann, S. 189, bestritten. Diese Stellungnahme ist erklärlich aus der besonderen Auffassung Armin Kaufmanns von der Natur des Unterlassungsdelikts. Vgl. dazu oben S. 30 f. Von der herrschenden Meinung wird demgegenüber anerkannt, daß es Mittäterschaft auch beim Unterlassen gibt, vgl. RGSt. 66, 71 (74); OGHSt. 3, 1 (4); Baumann, S. 438; Kohlrausch-Lange, § 47 Anm. I; Maurach, Allg. Teil, S. 518; Mezger, LK § 47 Anm. 1 a; Schönke-Schröder, Vorbem. V 5 vor § 47 und § 47 Anm. II 4.

¹⁷⁴⁾ Dabei wird bei Ranggleichheit mehrerer durch positives Tun handelnder Täter Mittäterschaft, bei Ranggleichheit mehrerer Unterlassungstäter Nebentäterschaft näherliegen.

¹⁷⁵⁾ Vgl. Frank, § 49 Anm. I 2; Gallas JZ 1952, 372 und 1960, 687; Kielwein GA 1955, 225; Nagler, GS 111, 73 und LK I Einleitung, Anh. 2, Anm. B II a (S. 42).

schwimmer ins Wasser stößt und der andere ihn nicht rettet, so ist nach der Literatur der unterlassende Bademeister nur Teilnehmer an der Tat des positiv handelnden Bademeisters. Das Ergebnis erscheint einleuchtend und ist, wie sich erweisen wird, in den meisten Fällen auch richtig. Es gibt aber auch Fälle, in denen diese schematische Lösung, daß nämlich ein Unterlassen neben einem positiven Tun nur Teilnahme sein soll, versagt. So in folgendem Beispiel:

A verspricht dem Bahnwärter B eine hohe Geldsumme, wenn dieser den Zug dadurch entgleisen lasse, daß er die Weiche nicht stelle. B unterläßt es, die Weiche zu stellen, so daß der Zug entgleist.

Hier kann nicht A, der eine typische Anstiftungshandlung begangen hat, nur wegen seines positiven Tuns als Täter angesehen werden und der Bahnwärter auf Grund seines Unterlassens als Teilnehmer. Man kann also nicht in allen Fällen sagen, daß ein Unterlassen neben einem positiven Tun nur Teilnahme wäre.

Vielmehr läßt sich auch hier die Lösung aus dem Prinzip der erwarteten Handlung ableiten.

Eine erwartete Handlung gibt es nicht nur beim Unterlassen, sondern auch beim positiven Tun. Nicht nur vom Unterlassungstäter, sondern auch vom Begehungstäter wird ein bestimmtes Verhalten erwartet.¹⁷⁶⁾ Man erwartet nämlich von ihm, daß er die von ihm begangene Tat nicht ausgeführt hätte. So wurde zum Beispiel vom Mörder, der einen anderen erschossen hat, erwartet, daß er das Rechtsgut „Leben“ nicht verletzte. Während also die erwartete Handlung des Unterlassungstäters in einem positiven Tun besteht, besteht die vom Begehungstäter erwartete Handlung in einem Unterlassen.

Für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme sind nun wieder die erwarteten Handlungen der Beteiligten zu vergleichen. Es ist die Frage zu stellen, durch welche der erwarteten Handlungen die Sicherheit des Rechtsguts am besten garantiert worden wäre: durch die Nichtvornahme des positiven Tuns oder durch das Tätigwerden des Unterlassenden. Da es sich im ersten Falle um die Nichtherbeiführung eines schädigenden Erfolges handelt, im zweiten Fall dagegen um die Abwendung eines bereits drohenden Erfolges, wird in der Mehrzahl aller Fälle das Rechtsgut am schnellsten und zweckmäßigsten dadurch geschützt sein, daß ein Delikt durch positives Tun gar nicht erst zur Ausführung gelangt. Die Abwendung einer bereits drohenden Gefahr stellt demgegenüber die weniger zweckmäßige Sicherung des Rechtsgutes dar. Im Falle der beiden Bademeister wäre das Rechtsgut „Leben“ intensiver dadurch geschützt worden, daß sein Träger gar nicht erst ins Wasser gestoßen, als dadurch, daß er nachher wieder gerettet worden wäre. Die Auffassung der Literatur, daß ein Unterlassen neben einem positiven Tun nur Teilnahme sei, ist also in den meisten Fällen zutreffend. Daß sie es nicht stets ist, beweist der oben genannte Fall des Bahnwärters, der sich nun auch dogmatisch begründen läßt: Die von A erwartete Handlung (die Nichtvornahme der Anstiftung) stellte für das Rechtsgut einen weniger intensiven Schutz dar als die erwartete Handlung des B, der als Bahnwärter die Weiche hätte stellen müs-

176) Darauf weist auch Armin Kaufmann, S. 55, hin.

sen. Denn für die Sicherheit des Zugverkehrs und der Reisenden ist es wichtiger, daß die Weiche gestellt wird, als daß jemand den Bahnwärter nicht auffordert, die Stellung der Weiche zu unterlassen. Hier kommt wieder der Grundgedanke der materiell-objektiven Theorie zum Ausdruck: Der Teilnehmer steht der Rechtsgutsverletzung ferner als der Täter.

Zusammenfassend ist zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Falle des Unterlassens festzustellen: Haben mehrere einen strafbaren Erfolg durch Unterlassen oder teils durch Unterlassen, teils durch positives Tun verursacht, so ist derjenige Täter, dessen erwartete Handlung das Rechtsgut am unmittelbarsten, d.h. am schnellsten und zweckmäßigsten geschützt hätte. Dabei ist unter der erwarteten Handlung sowohl die Erfolgsabwendung des Unterlassenden zu verstehen wie auch die Nichtverletzung des Rechtsgutes durch den positiv Tätigen. Teilnehmer sind dagegen diejenigen, die das Rechtsgut nur mittelbar gefährden oder deren erwartete Handlung nur einen mittelbaren Schutz des Rechtsgutes herbeigeführt hätte. Konnten mehrere Beteiligte in gleich unmittelbarer Weise das Rechtsgut schützen, so sind sie Mittäter, wenn sie bewußt und gewollt zusammengewirkt haben, sonst Nebentäter.

c) Kritische Stellungnahme zu der Entscheidung BGHSt. 2, 150

Nach den so gewonnenen Grundsätzen läßt sich nunmehr auch eine kritische Würdigung der eingangs erwähnten Entscheidung des BGH¹⁷⁷⁾ zur Frage der Teilnahme am Selbstmord geben, deren Sachverhalt ein instruktives Beispiel für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassen bildet.¹⁷⁸⁾ Bei dieser Entscheidung handelte es sich um den Fall, daß sich ein Ehemann wegen ehelicher und häuslicher Zerwürfnisse durch Erhängen tötete. Als er schon bewußtlos, aber noch zu retten war, kam die Frau hinzu, erkannte die Sachlage, ließ ihn aber hängen. Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes hat hier entschieden, daß die Ehefrau als Täterin wegen Tötung durch Unterlassen zu bestrafen sei.

Daß diese Auffassung nicht richtig sein kann, beweisen bereits einige in der Literatur angeführte Vergleichsbeispiele:¹⁷⁹⁾

- 1) Nach einem häuslichen Streit erklärt die Ehefrau ihrem Mann, er solle sich doch aufhängen. Dieser tut dies tatsächlich, die Ehefrau kommt hinzu und läßt ihn hängen, obwohl sie ihn noch hätte retten können.

Hier liegt keinesfalls Täterschaft, sondern Anstiftung vor.

- 2) Der Ehemann erklärt seiner Frau, er wolle sich erhängen. Die Frau legt ihm daraufhin einen Strick hin. Der Ehemann erhängt sich. Die Frau kommt wieder hinzu und läßt ihn hängen.

Auch in diesem Fall handelt es sich zweifellos nicht um Täterschaft, sondern um Teilnahme (Beihilfe) am Selbstmord.¹⁸⁰⁾

¹⁷⁷⁾ BGHSt. 2, 150 ff.

¹⁷⁸⁾ Bezüglich der kritischen Stellungnahmen im Schrifttum zu dieser Entscheidung vgl. oben Anm. 146.

¹⁷⁹⁾ Vgl. Dreher, MDR 1952, 712; Friebe, GA 1959, 166; Gallas, JZ 1960, 686; Heinitz, JR 1954, 405 und 1955, 105; Meister GA 1953, 169.

¹⁸⁰⁾ Ein solcher Fall lag der Entscheidung RGSt. 70, 313 zugrunde. Das RG hat hier mit Recht straflose Teilnahme am Selbstmord angenommen.

In beiden Fällen folgt dem positiven Tun der Frau ein Unterlassen nach. Dieses Unterlassen besteht darin, daß sie, als sie ihren Mann hängen sieht, ihn nicht abschneidet, sondern wieder weggeht. Genau dasselbe tat sie in dem Fall, der dem Urteil des Bundesgerichtshofes zugrunde liegt. Für die Bestrafung der Frau in den soeben genannten Vergleichsfällen ergeben sich nun zwei Möglichkeiten:

Entweder erblickt man in dem nachfolgenden Unterlassen eine täter-schaftlich begangene Tötung. Dann wäre die Ehefrau auch dann strafbar, wenn sie durch positives Tun Anstiftung oder Beihilfe leistet.¹⁸¹⁾ Dagegen wenden sich zutreffend Heinitz¹⁸²⁾ und Meister¹⁸³⁾ mit dem Argument, das Gesetz könne nicht die Überlassung des Strickes für straflos erklären und dann eine Rechtspflicht festsetzen, die Wirkung der Überlassung wieder zu beseitigen.¹⁸⁴⁾ Vor allem aber würde diese Annahme dazu führen, daß es keine straflose Teilnahme am Selbstmord mehr gäbe. Denn durch das vorhergehende positive Tun (die Anstiftungs- bzw. Beihilfehandlung) wird in jedem Fall eine Gefahrenlage geschaffen, die den Teilnehmer aus vorangegangenem Tun verpflichtet, das bedrohte Rechtsgut zu retten.¹⁸⁵⁾

Jeder Fall der Teilnahme am Selbstmord würde also in eine täter-schaftlich begangene Tötung durch Unterlassen umschlagen. Nach heute unbestrittener Ansicht ist aber die Teilnahme am Selbstmord straflos.¹⁸⁶⁾ Wollte man die Auffassung, daß das einer Teilnahmehandlung nachfolgende Unterlassen Täterschaft begründet, konsequent durchführen, so käme man sogar zu dem Ergebnis, daß in jedem Falle der Teilnahme Täterschaft durch Unterlassen vorliegt, hinter der die vorausgehende Teilnahmehandlung zurücktreten müßte. Es gäbe also keine Teilnahme mehr. Daß dies nicht richtig sein kann, liegt auf der Hand.

Daher kann nur von der anderen Möglichkeit ausgegangen werden, daß nämlich in den Fällen, in denen durch positives Tun Anstiftung oder Beihilfe zum Selbstmord geleistet wird, das nachfolgende Unterlassen keine Täterschaft begründet.¹⁸⁷⁾ Dann kann aber die Ehefrau, die es lediglich unterläßt, ihren Mann zu retten, nicht als Täterin bestraft werden, während das zusätzliche Auffordern zum Selbstmord oder das Hinlegen

181) Denn die Teilnahme ist gegenüber der Täterschaft subsidiär. — Dreher, MDR 1952, 711 scheint in den genannten Vergleichsfällen eine Strafbarkeit der Frau annehmen zu wollen.

182) Heinitz, JR 1954, 405 und 1955, 105.

183) Meister, GA 1953, 169.

184) Im Ergebnis ebenso Gallas, JZ 1960, 686, der seine Auffassung mit der Existenz der gesetzlichen Teilnahmevorschriften begründet.

185) Friebe, GA 1959, 167 geht davon aus, daß nur bei „fürsorgepflichtigen“ Personen eine Erfolgsabwendungspflicht bestehe, bei anderen dagegen nicht. Dabei übersieht er die allgemein anerkannte Erfolgsabwendungspflicht aus vorangegangenem Tun.

186) Vgl. hierzu RGSt. 70, 313; BGHSt. 2, 150; 6, 147 (154); 13, 162 (167); aus dem Schrifttum statt vieler: Schönke-Schröder, Vorbem. IV 1 zu § 211; Friebe GA 1959, 163 mit weiteren Nachweisen.

187) So insbes. Heinitz, aaO., und Meister, aaO. — Dogmatisch läßt sich dieses Ergebnis nach der eingangs gewonnenen Abgrenzung von Tun und Unterlassen begründen. Das Unterlassen tritt nämlich nach den dort gerundeten Grundsätzen hinter dem positiven Tun zurück, so daß sich die Strafbarkeit nur aus der Teilnahmehandlung und nicht aus dem nachfolgenden Unterlassen ergibt.

des Strickes zur Straflosigkeit führt. Das Ergebnis des 1. Strafsenats ist also nicht zutreffend.¹⁸⁸⁾

Auch den Gründen dieses Urteils kann nicht gefolgt werden. Das entscheidende Problem dieses Falles lag in der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Bereiche des Unterlassens. Zu dieser Frage nimmt der BGH aber nur am Ende seiner Ausführungen Stellung und nur in einer knappen und nicht überzeugenden Form.¹⁸⁹⁾ Dabei diktiert er der Ehefrau Tätersvorsatz zu, den sie nach Lage des Falles sicherlich nicht gehabt hat. Ein eventueller Gehilfenvorsatz, so führt der BGH aus, sei angesichts „der besonderen Pflichtenlage und der Sachherrschaft des Verpflichteten“ unbeachtlich.¹⁹⁰⁾ Diese Feststellung verstößt bereits gegen die sonst von der Rechtsprechung vertretene subjektive Theorie, nach der es gerade darauf ankommen soll, ob der Beteiligte den Täter- oder den Gehilfenvorsatz gehabt habe. Zudem stellen aber weder die „besondere Pflichtenlage“ noch die „Sachherrschaft des Verpflichteten“ brauchbare Kriterien für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme auf Unterlassungsebene dar. Denn unter dem — übrigens nicht sehr klaren — Begriff „besondere Pflichtenlage“ kann nur verstanden werden, daß der Beteiligte die Pflicht haben müsse, den Eintritt des Todes beim Selbstmörder zu verhindern. Eine derartige Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung muß aber nicht nur der Täter, sondern auch der Teilnehmer haben, da sein Verhalten anderenfalls gar nicht rechtswidrig sein könnte. Die Rechtspflicht ist also als Abgrenzungskriterium nicht geeignet, weil sie für Teilnahme und für Täterschaft durch Unterlassen gleichermaßen erforderlich ist. Aber auch die „Sachherrschaft des Verpflichteten“ stellt ein solches Kriterium nicht dar. Denn nur im Falle des positiven Tuns kann eine mehr oder weniger intensive Sachherrschaft vorliegen, die es ermöglicht, Täterschaft und Teilnahme voneinander abzugrenzen. Im Falle des Unterlassens kann die Sachherrschaft nur darin bestehen, daß der Beteiligte die Möglichkeit hat, den Erfolg abzuwenden.¹⁹¹⁾ Diese Möglichkeit muß aber wiederum sowohl beim Täter wie beim Teilnehmer vorliegen. Auch nach der Sachherrschaft lassen sich daher Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassen nicht abgrenzen.

Die Lösung des Falles ergibt sich vielmehr aus den oben gewonnenen Grundsätzen für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme. Es muß also gefragt werden, durch wessen erwartete Handlung ein intensiverer Schutz des Rechtsgutes „Leben“ erreicht worden wäre. Die vom Ehemann erwartete Handlung bestand darin, daß er sich nicht erhängt hätte.¹⁹²⁾ Die von der Ehefrau erwartete Handlung bestand darin, daß sie ihren Mann losgeschnitten hätte. Die Integrität des Rechtsgutes wäre unzweifelhaft

¹⁸⁸⁾ Der 4. Strafsenat nimmt in einem späteren Urteil (BGHSt. 13, 162 (167)) kritisch zu der Auffassung des 1. Strafsenats Stellung. Eine offene Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung wird zwar vermieden, indessen lassen die Ausführungen erkennen, daß die in BGHSt. 2, 150 vertretene Auffassung nicht gebilligt wird.

¹⁸⁹⁾ Vgl. BGHSt. 2, 150 (155 f.)

¹⁹⁰⁾ In BGHSt. 13, 162 ff. wird diese Auffassung nicht mehr vertreten. Täter sei nur der, der den Täterwillen habe, d.h., der das Geschehen beherrschen wolle. Damit erfolgt die Abgrenzung wieder ausschließlich nach subjektiven Merkmalen.

¹⁹¹⁾ Im einzelnen vgl. hierzu die Ausführungen oben auf S. 48 f.

¹⁹²⁾ Die Tatsache, daß sein Tun nicht strafbar ist, spielt für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme keine Rolle.

dann besser gewahrt worden, wenn der Ehemann sich gar nicht erst erhängt hätte. Das Losschneiden eines bereits Erhängten stellt demgegenüber nur einen mittelbaren Schutz des Rechtsgutes dar. Daher ist die Ehefrau nicht Täterin, sondern nur Teilnehmerin am Selbstmord.

B. Die Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe

Ist nach den hier entwickelten Grundsätzen entschieden, ob sich eine Unterlassung als Täter- oder als Teilnahmehandlung darstellt, so ist für den Fall, daß Teilnahme vorliegt, noch die weitere Frage zu beantworten, ob es sich um Anstiftung oder Beihilfe handelt.

Auch hier fehlt es wieder an einem äußeren Anhaltspunkt der Handlung selbst, da sich das Unterlassen des Anstifters und das Unterlassen des Gehilfen rein äußerlich in nichts unterscheiden.

Ein Abgrenzungskriterium findet sich indessen im Erfolg ihres Verhaltens. Wie bereits ausgeführt wurde, ist es ein typisches Merkmal der Anstiftung, daß sie zwei hintereinandergeschaltete Erfolge aufweist: einmal die Hervorrufung des Tatentschlusses beim Haupttäter und zum anderen die Ausführung der Haupttat. Der erste Erfolg, nämlich die Erzeugung des Tatentschlusses, liegt bei der Anstiftung begriffsnotwendig stets vor, fehlt dagegen immer bei der Beihilfe.¹⁹³⁾ Hierin liegt der entscheidende Unterschied. Bei der Anstiftung durch Unterlassen wird durch die Unterlassung ein Tatentschluß hervorgerufen, bei der Beihilfe durch Unterlassen nicht. Danach läßt sich die Anstiftung durch Unterlassen von der Beihilfe durch Unterlassen wie folgt abgrenzen:

Nimmt jemand an der Tat eines anderen durch Unterlassen teil, so ist er Anstifter, wenn durch sein Unterlassen beim anderen zunächst der Tatentschluß erzeugt wurde. Ist das nicht der Fall, so ist er Gehilfe.

¹⁹³⁾ Abgesehen natürlich von dem Fall, daß sich eine Handlung gleichzeitig als Anstiftung und Beihilfe darstellt. Hier tritt dann aber die Beihilfe hinter der Anstiftung zurück.

Lebenslauf

Am 30. Mai 1934 wurde ich in Göttingen als Sohn des damaligen Gerichtsassessors und heutigen Bundesrichters Dr. iur. Hans Loewenheim und seiner Ehefrau Ruth, geb. Bandelow, geboren. Von 1944 bis 1950 besuchte ich das Max Planck-Gymnasium in Göttingen, anschließend das Heinrich von Gagern-Gymnasium in Frankfurt a. M. 1955 legte ich dort die Reifeprüfung ab.

Das Studium der Rechtswissenschaft begann ich im Sommersemester 1955 an der Universität Hamburg. Im Wintersemester 1955/56 setzte ich es an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt a. M. fort. Das Sommersemester 1956 verbrachte ich an der Universität München. Die restlichen Semester studierte ich in Frankfurt a. M.

Am 10. Juli 1961 bestand ich dort die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung mit dem Prädikat „gut“.

Meine akademischen Lehrer waren insbesondere die Herren Professoren Claß, Müller-Freienfels, Schiedermaier und Spendel.

Seit Ende September 1961 bin ich als Gerichtsreferendar und seit Frühjahr 1962 als wissenschaftliche Hilfskraft bei der Juristischen Fakultät der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt a. M. tätig.

